

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in Filosofia del diritto: arte e tecnica della
giurisprudenza - ermeneutica dei diritti dell'uomo
XXVI ciclo

Ripensare la responsabilità.
La ricerca del giurista tra questioni filosofiche
e sfide della tecnoscienza

TUTOR

Chiar.mo Prof. Antonio Punzi

CANDIDATO

dott.ssa Alessia Farano

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Francesco Romeo

ANNO ACCADEMICO 2013- 2014

INDICE

<i>Introduzione</i>	p. 4
---------------------------	------

CAPITOLO I

1. Neuroscienze e diritto: prime contaminazioni.....»	11
2. Storia recente di un campo disciplinare. <i>Law and Neuroscience</i> »	15
3. « <i>It is not him, it is his disease</i> ». Una lettura dei casi giurisprudenziali italiani..... »	22
4. Le neuroscienze per la responsabilità cambiano tutto o niente?..... »	28
4.1 Il giudizio di responsabilità tra imputabilità e libertà..... »	29
4.2 L'esperimento di Libet e il <i>free will approach</i> »	37
5. Se le neuroscienze cambiano tutto: l'incompatibilismo determinista..... »	42
6. Se le neuroscienze non cambiano niente: l'approccio compatibilista..... »	49
7. Le ragioni della libertà..... »	53

CAPITOLO II

1. La giurisprudenza italiana di fronte alla causalità..... »	60
2. La scienza davanti al diritto..... »	68
<i>Intermezzo: oltre la definizione legislativa di stato vegetativo permanente</i> »	72
2.1 Il caso Stamina..... »	77
2.2 Dallo standard <i>Frye</i> a <i>Daubert</i> »	80
2.3 Il pendolo della giurisprudenza italiana..... »	86
3. Conclusioni provvisorie..... »	92
4. Una teoria giusfilosofica della causalità: Hart e Honoré..... »	95
5. <i>Aitia</i> : breve storia della causalità..... »	99

CAPITOLO III

1. Verso la ‘teoria della responsabilità.....	p.109
2. Responsabilità artificiali.....	» 113
2.1 Chi risponde? La responsabilità oltre l’umano.....	» 122
2.2 Esercizi di filologia kelseniana	» 130
3. Teoria dell’azione e nuovi naturalismi.....	» 133
3.1 La teoria delle volizioni. Attualità di un modello?.....	» 135
3.2 Un caso di pedofilia tra impulsi irresistibili e nuove identità.....	» 141
3.3 Carattere, azioni, identità.....	» 147
3.4 La teoria dell’azione: dall’interpretazionismo all’ontologia dell’evento anonimo.....	» 154
4. Ragioni per agire. La responsabilità come esercizio della razionalità pratica...	» 161
5. La responsabilità fondamentale come capacità.....	» 163
 <i>Conclusioni</i>	» 175
<i>Bibliografia</i>	» 178

INTRODUZIONE

La polisemia connaturata al termine responsabilità, accentuatasi negli ultimi anni, è la cifra di una profonda incertezza circa il suo statuto concettuale. Termine attraversato da una vicenda semantica peraltro breve: le prime tracce in lingua inglese di *responsibility* risalgono al *Federalist* di Hamilton¹, mentre in lingua francese è attestato nei dizionari dell'epoca l'uso di 'responsabilità' come neologismo a partire dal XVIII secolo².

E tuttavia, la pur giovane storia non impedisce, oggi, di avvertire la necessità di un ripensamento della responsabilità, che si è fatta 'principio' per la nuova civiltà tecnologica³, virtù⁴ da esercitare come forma di superamento di un'etica doveristica, o lessico di un nuovo linguaggio politico. Questa proliferazione semantica è evidente soprattutto innanzi allo sviluppo della tecnoscienza, laddove la responsabilità viene invocata per far fronte al rischio di effetti non governabili dallo sforzo previsionale umano.

Nel 1988 Bruno Romano dava conto, in parte rileggendo le note pagine di François Ewald⁵, della trasformazione del concetto di responsabilità a seguito della immissione del rischio, con effetti non calcolabili, all'interno del sistema di produzione totale⁶: «il rischio ed il danno, propri dell'età postmoderna,

¹ J. HENRIOT, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité"*, in *Archives de philosophie de droit*, Paris, 1977, p. 59.

² J.-F. FÉRAUD, *Dictionnaire critique de la langue française*, Marseille, 1788.

³ Il riferimento è al noto H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 2002.

⁴ Così W. DAVIS, *Afterword. Responsibility in a Postmodern World*, in ID., *Taking Responsibility*, University Press of Virginia, Charlottesville-London 2001, p. 273. Per un ritorno all'etica della virtù si veda pure A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Armando, Roma 2007.

⁵ F. EWALD, *L'État providence*, Bernard Grasset, Paris 1986.

⁶ «La produzione totale, secondo la causalità prodotta, comporta sempre la produzione di rischio, perché ogni elemento nuovo ed ogni composto di elementi, che si immettono nella catena unitaria del

rimangono non conciliabili con il concetto tradizionale di responsabilità giuridica, perché non sono definibili secondo un chi un tempo e un luogo»⁷. L'assicurazione, compimento della dissoluzione della responsabilità, costituisce l'inveramento del processo di desoggettivizzazione⁸, che consente non più di imputare le conseguenze dell'azione al suo autore, bensì «alla condizione postsoggettiva che appartiene al produrre postmoderno»⁹.

Non sembra allora conseguente affidare alla responsabilità il ruolo di argine alle incertezze del sapere scientifico, tanto più che i connotati della responsabilità sono stati oggetto di ulteriori tentativi di depotenziamento ad opera dello stesso discorso scientifico.

È il caso delle neuroscienze cognitive, punto di avvio di queste riflessioni, che hanno lanciato una sfida dagli esiti tutt'altro che scontati alla categoria, giuridica e morale: la descrizione del comportamento umano fornitaci dalle neuroscienze, e da queste sapientemente divulgata, ci consegna un'immagine di uomo distonica rispetto alla sua fisionomia codicistica. Cosicché sarebbe lecito condividere le preoccupazioni, successive, di Bruno Romano: «nella spiegazione scientifica, l'imputabilità, ovvero la responsabilità connessa allo scegliersi del se-stesso nelle sue condotte, perde senso e parimenti non ha alcuna ragione di essere l'amministrazione della giustizia nel giudizio giuridico, asse del fenomeno 'diritto', nella sua distinzione rispetto agli altri fenomeni degli altri sistemi sociali»¹⁰.

produrre, si situano nell'interezza di un insieme che non consente di precalcolare la totalità dei modi del loro incidere e degli effetti che ne seguono». B. ROMANO, *Soggettività, diritto e postmoderno. Una interpretazione con Heidegger e Lacan. a.a. 1987/1988*, Bulzoni, Roma 1988, p. 81.

⁷ *Ivi*, p. 84.

⁸ «Il processo di desoggettivizzazione, che appartiene alla condizione del diritto nell'età postmoderna, si concretizza in questo «essere presi nel diritto», ove il criterio orientante non è il diritto primo, ovvero la garanzia di essere causa e non causati, ma è l'adeguazione all'«accadere», espressa come «opportunità», aleticamente indifferente, e riferita solo al modificarsi dell'equilibrio e della soglia». *Ivi*, p. 89.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004, p. 368.

Per altro già nel 1982 Uberto Scarpelli rintracciava nell'«accostamento scientifico all'uomo»¹¹ i germi della crisi del concetto di responsabilità, tanto giuridica quanto morale.

Collocandone il momento genetico nella dottrina teologica del libero arbitrio, la responsabilità sarebbe pensabile solo isolando nell'uomo «una componente spirituale sottratta alla necessità della natura». Venuto meno l'orizzonte della trascendenza, il pensiero moderno ha schiacciato l'uomo sulla rappresentazione che di questi fornisce la scienza, conclamando la crisi della responsabilità. L'interrogativo che si poneva Scarpelli, prima ancora dell'esplosione del discorso neuroscientifico, era dunque radicale: «quale morale potrà allora isolare nella necessità della natura uno specifico comportamento per riferirlo ad uno specifico soggetto in vista di un'ascrizione di responsabilità?»¹².

E tuttavia è lo stesso Scarpelli a fornire una chiave ermeneutica alternativa, nel momento in cui istituisce un rimando – adesivo – alla indagine etimologica condotta da Michel Villey¹³. Se la storia della responsabilità morale conduce alla dissoluzione del concetto, il richiamo ad un diverso itinerario genealogico racconta di un altro destino della responsabilità giuridica, che non costringe al suo abbandono.

Per Villey, infatti, il significato originario, *éthimos* dunque vero, del termine responsabilità andrebbe ricercato nel verbo latino *respondere*. Lungi dall'individuare un antenato concettuale della moderna categoria giuridica (un equivalente di 'responsabilità' non era infatti presente nel lessico giuridico romano), la responsabilità giuridica accoglie un senso che si radica prima di significati storicamente determinati, del tutto irrelato rispetto all'idea del libero arbitrio.

¹¹ U. SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in *Responsabilità politica diritto e tempo*, Atti del XIII Congresso Nazionale a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1982, p.68.

¹² *Ivi*, pp. 60-61.

¹³ M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1977.

Piuttosto, l'area semantica di *respondere* rimanda al verbo *spondeo*, il cui uso giuridico si attesta sull'impegno, la garanzia (da cui *sponsio*¹⁴, *sponsalia*¹⁵). Il prefisso *re-*, poi, indicherebbe l'idea del movimento contrario, il garantire in contraccambio, o la risposta riparatrice dell'equilibrio solennemente creato e poi infranto¹⁶.

L'aver illuminato il campo semantico di un concetto che farà la sua apparizione lessicale solo nel medioevo, e limitatamente all'aggettivo *responsable*¹⁷, conduce Villey a sceverare il senso della responsabilità giuridica da quello della responsabilità morale, la quale esibisce un chiaro debito, in questo caso sì, nei confronti della lettura teologica del libero arbitrio. Laddove, infatti, la responsabilità giuridica è ascrivibile alla pratica della giustizia commutativa, che esige dunque il mero ripristino dello *status quo ante*, la responsabilità morale si proietta in una dimensione ultraterrena, dove nessuna riparazione umana è possibile a fronte della trascendenza del giudizio divino¹⁸. In questo senso: «*Sont responsables (mot qui est d'ailleurs de peu d'utilité, on n'est pas obligé d'en faire un usage constant) tous ceux qui peuvent être convoqués devant quelques tribunal, parce que pèse sur eux une certaine obligation que leur dette procède ou non d'un acte de leur volonté libre*»¹⁹.

¹⁴ La *sponsio* era istituto centrale nella vita giuridica romana, e prevedeva la domanda del futuro creditore, seguita da formula solenne (la *sponsio*) del futuro debitore. Per un'analisi dell'istituto si veda A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Iovene, Napoli 2001, pp. 828-829. Invero l'origine dell'istituto, come evidenziato dallo stesso Guarino, è incerta. Secondo la testimonianza di Festo, riportata da Guarino (Fest. L. 440 s., 462 s.), la *sponsio* avrebbe avuto in origine carattere sacramentale: «*quod ii σπονδᾶς interpositis rebus divinis faciant*».

¹⁵ Gli *sponsalia* erano la cerimonia attraverso la quale il futuro sposo prometteva solennemente di prendere in sposa la fidanzata, anche attraverso la corresponsione di una *arrha sponsalicia*. Anche su questo punto si rimanda a A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 575-576.

¹⁶ C. MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria generale)*, *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano 1988, p. 1088.

¹⁷ Così M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, cit., p. 47. Jaques Henriot attesta la comparsa del lemma *responsable* intorno al 1300, datando il sostantivo *responsabilité* – che per Villey è frutto di un errore linguistico – alla fine del XVIII secolo, dove appare nei dizionari francesi come una sorta di neologismo. J. HENRIOT, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot «responsabilité»*, cit., pp. 59 e ss.

¹⁸ «Tandis que la justice de l'homme est utile, vise une prestation future, Dieu ne regarde qu'au passé. Nous n'y répondons pas d'une dette, d'une charge, d'un service à remplir, mais de notre conduite une fois accomplie dans notre pèlerinage terrestre». M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, cit., p. 53.

¹⁹ *Ivi*, p. 51.

Il senso morale della responsabilità, anche dopo il processo di secolarizzazione, preserva un significato disomogeneo rispetto all'idea – fondata sull'obbligazione²⁰ – cui si attaglia la responsabilità giuridica²¹.

La responsabilità contiene allora una originaria matrice relazionale, che non solo rileva sul piano variamente articolato dei rapporti costituiti o ripristinati tramite l'ascrizione di responsabilità, ma prima ancora nella edificazione del parametro comportamentale che ci si attende dal soggetto giuridico²².

Questa matrice relazionale, più che il senso morale della responsabilità giuridica, è ciò che è parso di rilevare nel corso di questo lavoro, che nasce di fronte alla impossibilità di risolversi per una delle alternative che le neuroscienze prospettano al diritto, e segnatamente al concetto di responsabilità. Alla domanda, cioè, se le neuroscienze cambino tutto o niente per il diritto, si è scelto di opporre un approccio dialogico, che individui nei momenti di maggiore confronto tra diritto e scienza – dunque oltre il discorso neuroscientifico – le ragioni di una perenne oscillazione.

Il dibattito interno alla scienza giuridica americana, originato proprio da questa domanda, sarà esaminato nel primo capitolo, e tuttavia se ne rileverà la parzialità dell'approccio. Come avvertiva Batiffol in apertura al numero degli *Archives de philosophie du droit* dedicato alla responsabilità (il numero è del

²⁰ Nella evidente disomogeneità di intenti e approcci, è questa la linea interpretativa tracciata da Nietzsche: F.W. NITZSCHE, *Genealogia della morale*, Adelphi, Milano 1968. È proprio il persistente riferimento all'obbligazione, invece, che fa parlare Ricoeur di necessario processo di «*démoralisation de la racine de l'imputation*» (in vista della rimoralizzazione del suo esercizio), costretta all'identificazione – anche a causa di Kelsen – con il momento meramente sanzionatorio. P. RICOEUR, *Le concept de responsabilité*, in *Le Juste I*, Esprit, Paris 1995, p. 52.

²¹ Nonostante infatti Villey definisca la responsabilità una parola ibrida, il significato giuridico va ricostruito lungo un itinerario concettuale che impedisce di arrestarsi alla responsabilità morale: «si vous estimez opportun de parler une langue cohérente, le sens ancien nous est apparu mieux convenir aux besoins spécifiques du droit que l'usage des moralistes. La morale n'a pas à tout dire. Elle ne retiens dans ses concepts, à travers les faits de la vie quotidienne, qu'un aspect unilatéral. Elle ne regarde qu'à la conduite de l'individu, elle se concentre sur ses intentions subjectives. Tandis qu'au juriste il convient de se donner du phénomène une saisie plus ample, visant à capter des relations entre une pluralité de sujets: l'auteur d'un délit, la victime, et la société ambiante». M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, cit., p. 58.

²² In questo senso il diritto svolge una 'funzione antropologica', per Supiot, quella di istituire la ragione. La razionalità consiste precipuamente accedendo ad un senso condiviso con gli altri uomini. A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 3.

1977), «*le problème dépasse certainement les ressources de la théorie juridique, car il concerne une notion qui déborde le domain du droit*»²³.

Il problema della responsabilità, oltre a coinvolgere l'antico dibattito sul libero arbitrio, si incunea sul rapporto che si istituisce tra azioni ed effetti. La responsabilità, cioè, non può essere pensata disgiunta dalla causalità, luogo di emersione dell'incidenza del discorso scientifico sui concetti giuridici. Il rapporto tra diritto e scienza, attraverso le vicende dell'epistemologia, sarà oggetto di indagine nel secondo capitolo, a partire da alcuni casi giurisprudenziali che indiziano di una difficoltà nella attribuzione del canone di scientificità ad una teoria.

La terza parte di questo lavoro inverte l'ordine dei problemi affrontati. Le questioni su cui i giuristi sul crinale del nuovo Millennio si sono confrontati precipitano nei diversi approcci teorici che la filosofia del diritto ha individuato rispetto al tema della responsabilità. A seconda della definizione e del fondamento che si attribuisce alla responsabilità giuridica sarà possibile valutare l'incidenza del discorso scientifico sulla categoria *de qua*. Le diverse opzioni teoriche saranno collocate – anche con l'ausilio di momenti di verifica giurisprudenziale – lungo la linea di oscillazione tra una tendenza *lato sensu* normativista e ritorni a un nuovo naturalismo.

Il metodo di indagine si è giovato del confronto con la prassi giurisprudenziale e con la scienza giuridica. L'analisi dei casi è stata condotta nel tentativo di recuperare la vocazione della filosofia del diritto a farsi filosofia della giurisprudenza²⁴, con l'intento cioè di rinvenire l'impianto assiologico e le

²³ Così ancora Batiffol: «La responsabilité pose des question d'ordre philosophique: le signe s'en trouve en ce qu'elle se rencontre dans d'autres domaines que le droit, malgré les liens qu'ils peuvent présenter avec ce dernier, ne serait-ce que la morale, la politique, la sociologie, la théologie. Cette indication est confirmé par la constatation que l'idée de responsabilité parait bien impliquer celle de liberté, et soulève inélouctablement la question de causalité, finalement celle du juste – tous concepts dont on ne niera pas qu'ils concerne la philosophie». H. BATIFFOL, *Préface*, in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris 1977, p. 1.

²⁴ A. PUNZI, *Verso una filosofia della giurisprudenza*, in ID., *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009, p. 17.

idee filosofiche sottese ai diversi momenti di confronto tra giurisprudenza e scienza.

CAPITOLO I

Sommario: 1. Neuroscienze e diritto: prime contaminazioni 2. Storia recente di un campo disciplinare. Law and neuroscience 3. «It is not him, it is his disease». Una lettura dei casi giurisprudenziali italiani 4. Le neuroscienze per la responsabilità cambiano tutto o niente? 4.1 Il giudizio di responsabilità tra imputabilità e libertà 4.2 L'esperimento di Libet e il free will approach 5. Se le neuroscienze cambiano tutto: l'incompatibilismo determinista 6. Se le neuroscienze non cambiano niente. Le ragioni del compatibilismo 7. Le ragioni della libertà.

1. Neuroscienze e diritto: prime contaminazioni

Nel settembre 2009 l'Italia è divenuta repentinamente oggetto dell'attenzione internazionale per aver, prima in Europa e – nei termini che si vedranno – nel mondo, dato ingresso a perizie neuroscientifiche nel processo penale.

La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, la n. 5 del 2009²⁵, ha infatti dichiarato la semi-infermità mentale dell'imputato, condannato per omicidio a una pena ridotta di un terzo, in accoglimento di quanto prospettato dalla perizia condotta da due noti esperti²⁶. Tale perizia, fondandosi su esperimenti di genetica comportamentale e neuroscienze²⁷, si è avvalsa di un test

²⁵ Corte d'Assise d'Appello Penale di Trieste, n. 5/2009, Pres. Rel. Rainotti, in *Rivista Penale*, 1, 2010, pp. 70 e ss.

²⁶ Si tratta di Giovanni Sartori, professore di neuroscienze cognitive e di neuropsicologia clinica all'Università di Padova, e di Pietro Pietrini, professore di Biochimica Clinica e Biologia Molecolare Clinica presso il dipartimento di patologia sperimentale, biotecnologie mediche, infettivologia ed epidemiologia dell'Università di Pisa.

²⁷ F.E. VERHOVEN, L. BOOIJ, A.W. KRUIJT, H. CERIT, N. ANTYP, W. DOES, *The effects of MAOA Genotype, Childhood Trauma, and Sex on Trait and State-Dependent Aggression*, in *Brain and Behaviour*, 2, 2012, pp. 806-813.

genetico²⁸ che ha evidenziato polimorfismi in grado di «conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo»²⁹, in quei soggetti portatori dell'allele a bassa attività per il gene MAO-A, qualora *provocati o esclusi socialmente*³⁰.

Due anni più tardi, è il giudice di primo grado del Tribunale di Como ad accreditare come precedente l'introduzione di perizie neuroscientifiche nel processo penale. Il caso di omicidio, particolarmente efferato nonché premeditato, è stato risolto – quanto al profilo della imputabilità – con giudizio di semi infermità e contestuale riduzione della pena, anche in questo caso a seguito di perizia, dalla quale si sono evinte:

alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello, in particolare nel cingolo anteriore, un'area del cervello che ha la funzione di inibire il comportamento automatico e sostituirlo con un altro comportamento e che è coinvolto anche nei processi che regolano la menzogna, oltre che nei processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità e nella regolazione delle azioni aggressive³¹.

L'esposizione, seppur succinta, delle sentenze in esame rende evidente l'elemento di novità introdotto in via pretoria dalla giurisprudenza italiana, che si

²⁸ Una prima prospettiva giusfilosofica in tema è offerta da S. SALARDI, *Test genetici tra determinismo e libertà*, Giappichelli, Torino 2010. L'Aurice riconosce la possibilità che la maggiore conoscenza delle proprie inclinazioni grazie ai test genetici dischiuda nuove prospettive di libertà, ampliando lo spazio di scelta. Sul punto si veda anche V. MARZOCCO, S. ZURLO, *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum biodiritto 2009. I dati genetici nel biodiritto*, Cedam, Padova 2011.

²⁹ Per un primo resoconto della sentenza in oggetto si vedano A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Se non siamo liberi possiamo essere puniti?*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, 2010, pp. 156 e ss.; nonché, e in questo caso uno degli autori è lo stesso perito, G. SARTORI, A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Cervello, diritto e giustizia*, in A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Neuroetica*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 135 e ss.; S. CODOGNOTTO, G. SARTORI, *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2010, pp. 269 e ss.

³⁰ In corsivo le parole che si leggono nella sentenza. La Corte prosegue affermando che la vulnerabilità genetica è tanto più rilevante quanto più «l'individuo sia cresciuto in un contesto familiare non positivo, e sia stato, specie nelle prime decadi di vita, esposto a fattori ambientali sfavorevoli, psicologicamente traumatici o negativi».

³¹ Tribunale di Como, dott.ssa Lo Gatto, 29 agosto 2011.

avvia pionieristicamente a delineare una «nuova cultura neuroscientifica nel diritto»³², non senza perplessità di diversa natura.

Ed infatti divisive sono state le reazioni alle due sentenze in oggetto³³, che marcano con forza gli snodi di un dibattito teorico solo in minima parte presente in Italia³⁴, e ben oltre i casi statunitensi, pure letti come passaggi decisivi (Roper v. Simmons e Graham v. Florida³⁵).

Se nella giurisprudenza statunitense, infatti, le neuroscienze vengono dai giudici considerate alla stregua di altri studi sociologici o psicologici («scientific and sociological studies» nel 2005, «developments in psychology and brain science» nel 2010), dunque rafforzative nella loro capacità persuasiva di discorsi offerti dalle *soft sciences*, pare di natura diversa il richiamo risolutivo alle neuroscienze che i giudici italiani mettono in atto.

Le ragioni di un interesse filosofico-giuridico, dunque, sono molteplici, e non tutte saranno affrontate in questo lavoro. L'ammissibilità della riscrittura in chiave neuroscientifica dei concetti giuridici attualmente in uso – segnatamente,

³² A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Se non siamo liberi possiamo essere puniti?*, cit., p. 158.

³³ In senso favorevole: A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Rivista Penale*, 1, 2010, pp. 75 e ss.; O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Archivio Penale*, 3, 2011. Tra le reazioni contrarie va segnalata l'interpellanza parlamentare dell'On. Massimiliano Fedriga (Lega Nord), presentata alla Presidenza della Camera dei Deputati il 27 ottobre 2009.

³⁴ Le eccezioni più rilevanti sono rappresentate da: O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009; nonché da un volume collettaneo curato da A. SANTOSUOSSO, *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Pavia 2009. In prospettiva giusfilosofica: A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino 2003; B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004.

³⁵ 543 U.S. 551 (2005). Il caso, deciso dalla Corte Suprema nel 2005, era relativo alla incostituzionalità della pena di morte per i minorenni. In tale circostanza la Corte non ha, invero, fatto espressa menzione di studi neuroscientifici comprovanti il non definitivo sviluppo delle facoltà intellettive nei minorenni, e tuttavia nell'opinione del giudice Kennedy leggiamo «as any parent knows and as the scientific and sociological studies ... tend to confirm, [a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults» (pp. 569-570). Per una ricostruzione critica della sentenza si veda S. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, pp. 397 e ss. Nel 2010 più esplicito è stato il riferimento della Corte Suprema alle neuroscienze, sempre in tema di imputabilità del minore: «developments in psychology and brain science continue to show fundamental differences between juvenile and adult minds». Una ricostruzione della giurisprudenza americana che in varia misura si è confrontata con dati neuroscientifici si veda: O.D. JONES F.X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, in T.M. SPRINGER (a cura di), *International Neurolaw: A Comparative Analysis*, Springer, Berlino-Heidelberg 2012, p. 349-380.

di responsabilità e imputabilità – non riposa infatti su mere opzioni di politica del diritto o di dogmatica giuridica.

Se è senz'altro condivisibile che la sensibilità di un sistema giuridico al canone della 'certezza', specie in materia penale³⁶, assolvà a precise esigenze teoriche di fondo – una *teoria del garantismo penale*, in chiave neo-illuministica, fa della ricerca della verità (dei fatti, o dell'uomo?) uno degli scopi del processo penale³⁷ – non appare così facile sgomberare il campo da questioni filosoficamente più dense, tra tutte la disputa sul libero arbitrio, che le neuroscienze sembrano revocare in dubbio.

Parimenti non sarà oggetto di trattazione, se non in via tangenziale, l'incidenza dei risultati delle neuroscienze sulla finalità della pena, incidenza da più parti rilevata con l'auspicio di una riforma in senso consequenzialistico³⁸, che pure implica una previa presa di posizione quanto alla compatibilità delle pratiche di attribuzione di responsabilità con una concezione deterministica del mondo³⁹.

³⁶ Cosè scrive infatti Di Giovine: «il generoso ricorso che le neuroscienze fanno alle tecniche di neuro-imaging (attraverso la PET e soprattutto la fMRI), suscettibili di rappresentare in modo visivo il funzionamento del sistema neuronale dei singoli individui, dovrebbe costituire elemento già in sé sufficiente ad assicurare loro il favore delle dottrine penalistiche, sostanziale e processuale, da sempre impegnate in una indefessa caccia alla certezza». O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., p. 1.

³⁷ Di aspirazione teorica a costruire un modello neo-illuminista parla G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 5, 2005, p. 7. In questo senso si muove anche la ponderosa opera di Luigi Ferrajoli, il quale, sebbene consavole che «il modello illuministico della perfetta corrispondenza tra previsioni legali e accadimenti concreti e del giudizio come applicazione meccanica della legge è un'ingenuità filosofica viziata da realismo metafisico», individua dei poteri «cognitivi» del giudice – tra cui quello di accertamento del fatto – che laddove correttamente esercitati consentono di rivitalizzare il garantismo penale. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 19.

³⁸ Sono in molti a propendere per una riforma del diritto penale alla luce delle risultanze neuroscientifiche. *Ex multis* si veda: M. GAZZANIGA, *The law and neuroscience*, in *Neuron*, 60, 2008, pp. 412-415; J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359, 2004; P.H. ROBINSON, O.D. JONES, R. KURZBAN, *Realism, Punishment, and Reform*, *University of Chicago Law Review*, 77, 2010, pp. 1611-1630. Per una ricostruzione critica della tesi sostenuta da Greene e Cohen si veda M.S. PARDO, D. PATTERNSON, *Neuroscience, Normativity and Retributivism*, in T. NADELHOFFER (a cura di), *The Future of Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

³⁹ M. DE CARO, M. MARRAFFA, *Libertà, responsabilità, retributivismo*, in *Sistemi Intelligenti*, 2, 2010, pp. 357 e ss.; F. CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi Intelligenti*, 2, 2010, pp. 337 e ss.

Comprendere le trasformazioni che investono la responsabilità giuridica, dunque, significa interrogarsi in primo luogo su possibili effetti che l'irrompere delle neuroscienze nel diritto sembrano produrre, per poi dialogare con altri luoghi della pratica giudiziaria⁴⁰, che indiziano ulteriori distonie rispetto all'antropologia filosofica tradizionalmente rintracciata nella fisionomia del codice.

2. Storia recente di un campo disciplinare: Neuroethics e Neurolaw

Lo studio del cervello umano, seppur risalente⁴¹, ha ricevuto un'accelerazione negli anni Novanta, definiti non a caso la 'Brain Decade'⁴². Lo sviluppo delle cosiddette *neuroscienze cognitive*⁴³ si è giovato degli apporti delle tecniche di *neuroimaging* – segnatamente, PET (tomografia ad emissione di positroni), fMRI (risonanza magnetica funzionale) e EEG (elettroencefalogramma) – che hanno consentito di osservare, con la potenza persuasiva propria delle immagini⁴⁴, l'attività cerebrale durante lo svolgimento di

⁴⁰ La produttività dell'approccio è evidenziata da A. PUNZI, *Verso una filosofia della giurisprudenza*, in *Dialogica del diritto, studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 1 e ss., in particolare pp. 17-18.

⁴¹ Spesso ci si richiama, non a torto, alla frenologia, introdotta da Franz Gall alla fine del Settecento. Gall fu il primo a introdurre il concetto di specializzazione nel cervello, contravvenendo alla vulgata dualistica allora in auge. Seppure quello di specializzazione costituisca oggi un'idea non superata nelle moderne neuroscienze, Gall riteneva, erroneamente, che ogni centro del cervello fosse collegato, indipendentemente dal resto, ad una specifica facoltà mentale proporzionale alle dimensioni dell'organo. Così in A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* (1994), Adelphi, Milano 2001, pp. 40 e ss. Una storia esaustiva della disciplina è presente in A. OLIVERIO, *Neuroscienze. Una introduzione*, Laterza, Roma-Bari.

⁴² Così affermava Bush padre: «I, George Bush, President of the United States of America, do hereby proclaim the decade beginning January 1, 1990, as the Decade of the Brain», Presidential Proclamation 6158, Office of the Federal Register, 12:11 p.m., July 18, 1990 (<http://www.loc.gov/loc/brain/proclaim.html>).

⁴³ L'espressione 'neuroscienze cognitive' si deve a Michael Gazzaniga, che ne dà la seguente definizione: «cognitive neuroscientist attempt to discover the molecular logic of organic knowledge systems, i.e. the principles that, in addition to the principles of physics, chemistry, biology, and psychology, govern the behaviour of inanimate matter in living knowledge systems». M.S. GAZZANIGA (a cura di), *Cognitive Neuroscience: A reader*, Blackwell Publisher, Oxford 2000, p.11.

⁴⁴ D.P. MCCABE, A.D. CASTEL, *Seeing is Believing: the Effect of Brain Images on Judgement of Scientific Reasoning*, in *Cognition*, 107, 2008, pp. 343-352. D.S. WEISBERG, *The seductive allure of neuroscience explanations*, in *Journal of Cognitive Neurosciences*, 2008, pp. 470-477. J.R. GURLEY, D.K.

alcuni compiti o attività. L'impatto che le neuroscienze hanno avuto sullo stesso sapere scientifico è testimoniato dalle formule, anche retoriche, spesso utilizzate per dar conto della innovatività delle stesse. Si è parlato di cambio di paradigma⁴⁵, con la nota terminologia di Kuhn, di «eccezionalismo neuroscientifico»⁴⁶, e di «fiume carsico» che «tumultuosamente e invasivamente sta occupando la scena della ricerca scientifica»⁴⁷.

La scoperta di 'correlati neurali'⁴⁸ di coscienza e volontà, esperienza estetica e dolore, religione e menzogna, ha reso necessario il configurarsi di un nuovo campo di ricerca, la neuroetica, anticamera del neurodiritto⁴⁹.

La conferenza tenuta a San Francisco nel 2002, dal titolo *Neuroethics: Mapping the field*, rappresenta l'atto costitutivo della disciplina, definita come:

lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche sul cervello vengono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni giuridiche e nella politica sanitaria e sociale. Queste scoperte stanno avvenendo nel campo della genetica, del *brain imaging* e nella diagnosi e predizione delle malattie. La neuroetica ha il

MARCUS, *The Effects of Neuroimaging and Brian Injury on Insanity Defenses*, in *Behavioral Sciences & the Law*, 85, 2008.

⁴⁵ In questi termini: A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo*, in *Rivista penale*, 1, 2010, p. 78.

⁴⁶ L'espressione, di Amedeo Santosuosso, si legge nella introduzione al volume A. SANTOSUOSSO, *Le neuroscienze e il diritto*, cit., che raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Milano il 19 dicembre 2008, "Le neuroscienze e il diritto", organizzato dal Centro di Ricerca Interdipartimentale ECLSC (Università di Pavia), in collaborazione con la Corte d'Appello di Milano, il Tribunale di Milano e il Collegio Ghislieri.

⁴⁷ C. INTIERI, *Le neuroscienze e il paradigma della nuova prova scientifica*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano 2009, p. 195.

⁴⁸ Per una lettura filosoficamente avveduta della tecnica della correlazione, che consiste nell'associazione di uno stimolo (proveniente dall'esterno) ad una risposta (registrata nel cervello), si veda F. CARUANA, *La traduzione radicale dal cervello: Quine e il neuroscienziato*, in *Rivista di Filosofia*, 1, 2013, pp. 77-96.

⁴⁹ Di *Neurolaw* iniziò a parlarsi nel 1995, quando l'avvocato J. Sherrod Taylor illustrò le implicazioni degli sviluppi della neurologia per le cause civili. Inoltre, sin dagli inizi degli anni '90 circolava una pubblicazione "The Neurolaw Letter" con l'intento di promuovere la conoscenza del funzionamento del cervello tra avvocati specializzati in danni alla persona (*personal injury*). Così istruttivamente O.D. JONES F.X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, in T.M. SPRANGER (a cura di), *International Neurolaw*, cit., p. 355.

compito di esaminare come i medici, i giudici e gli avvocati, gli assicuratori e i politici, così come il pubblico si occupano di questi temi⁵⁰.

In modo più puntuale Adina Roskies ha proposto di differenziare la neuroetica in *etica delle neuroscienze* e *neuroscienze dell'etica*⁵¹, con ciò intendendo dar conto della duplicità e dunque maggiore complessità dell'approccio neuroeticista, che solo in una delle sue estrinsecazioni – etica delle neuroscienze – può considerarsi come in parte coincidente con una bioetica che selezioni in un frammento di *bios*, il cervello, il suo oggetto di indagine. Le neuroscienze dell'etica, invece, assumono come oggetto diretto di investigazione neuro-scientifica il dominio stesso dell'etica, con i suoi concetti fondativi (responsabilità, libero arbitrio) e la sua articolazione interna (ragionamento morale).

Sin dal suo atto genetico, dunque, la neuroetica include il sapere dei giuristi nell'alveo della sua riflessione. Del resto uno dei casi che Antonio Damasio, noto neuroscienziato, propone a neuroeticisti è relativo ad una questione di sicura pertinenza dei giuristi. Il caso, di cui abbiamo notizia leggendo il celebre volume *L'errore di Cartesio*, è quello di un uomo che a seguito di un tumore cerebrale aveva riportato un'alterazione di capacità decisionali, ferma restando la sua piena capacità di ragionamento morale, tanto da ingenerare dubbi – «perché Eliot non era più Eliot»⁵² – quanto alla titolarità del diritto a riscuotere l'assegno di invalidità.

Il paziente di Damasio è dallo stesso definito novello Phineas Gage, primo caso di lesione accidentale al lobo frontale sinistro di cui, grazie ai racconti del

⁵⁰ La traduzione della *Editor Note* degli Atti del convegno è di Amedeo Santosuosso, in A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano 2011, p. 216. Gli atti sono oggi pubblicati: S.J. MARCUS (a cura di), *Neuroethics: Mapping the Field, Conference Proceedings*, The Dana Foundation, New York 2002. Un resoconto efficace è quello di A. ROSKIES, *Neuroethics for the New Millenium*, in *Neuron*, 35, 2002, pp. 21 e ss., in cui l'Autrice dà conto anche delle perplessità relative alla scelta del termine 'neuroetica'.

⁵¹ *Ivi*, pp. 21-23.

⁵² A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 73.

suo medico dell'epoca John Harlow e agli studi successivamente messi in pratica sul suo cranio⁵³, abbiamo notizia.

La conclusione cui arriva Damasio, confrontandola con l'antecedente di Phineas Gage, è che l'incapacità a decidere possa essere determinata da menomazioni (occorse a seguito di tumore nel primo caso, lesione accidentale per Phineas Gage) dei circuiti neurali dell'emozione⁵⁴, così mettendo in questione l'idea che il ragionamento morale sia del tutto scevro dall'incidenza delle emozioni. Sul punto interverrà un celebre esperimento, la cui ideazione si deve alla filosofa Patricia Foot⁵⁵, che ha dimostrato come la risposta al dilemma del carrello sia condizionata in modo determinante da situazioni emotive⁵⁶.

Una tematizzazione più compiuta dei rapporti tra neuroscienze e diritto si è avuta in seguito con la pubblicazione, nel 2004, del numero monografico delle *Philosophical Transactions* della Royal Society, interamente dedicato al rapporto tra neuroscienze e diritto, seguito, due anni più tardi, dal volume curato da Zeki e Goodenough, che aggiornava lo stato dell'arte. Da quel momento, nell'arco di quasi dieci anni, il settore che, indulgendo a un modo tutto statunitense di

⁵³ È sempre Damasio a descrivere con profusione di dettagli la vicenda di Phineas Gage il quale, in base ai racconti del tempo, a seguito dell'incidente «non era più lui». Torna ricorsivamente questa formula, che muove un interrogativo preliminare sul rapporto tra identità e responsabilità. Su questo si veda *infra*, in particolare il paragrafo 3.3 del terzo capitolo.

⁵⁴ Il danno emerso da tomografia e risonanza magnetica era ai lobi frontali, limitatamente ai settori orbitario e mediano. Così in A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 77.

⁵⁵ P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect* in ID., *Virtues and Vices*, Basil Blackwell, Oxford 1978 (la prima versione del saggio apparve nella *Oxford Review*, 5, 1967). Nell'ipotesi in un ci sia un carrello fuori controllo sui binari ferroviari, e cinque persone legate ai binari sul tragitto del carrello, il dilemma consiste nell'alternativa tra il lasciar morire le cinque persone, o attivare lo scambio che consente di deviare il carrello verso un percorso sul quale c'è un solo uomo da travolgere. In questa formulazione, si pensa a quale possa essere la scelta moralmente giustificata e secondo quale tipo di approccio.

⁵⁶ L'esperimento è stato condotto da J.D. GREENE, *The secret joke of Kant's soul*, in W. SINNOTT-ARMSTRONG (a cura di), *Moral Psychology, Vol. 3: The Neuroscience of Morality*, MIT Press, Cambridge (MA) 2007, pp. 35 e ss. Sottoponendo due diverse varianti del dilemma del carrello a dei volontari, infatti, Greene ha rilevato come solo nel caso in cui l'attivazione dello scambio si verifici attraverso una leva meccanica si attivino le aree neurali 'razionali'. Diversamente, nel caso in cui venga prospettata l'ipotesi del salvataggio attuato attraverso la spinta di una persona sui binari (con il medesimo effetto di salvare cinque persone uccidendone una), le aree cerebrali coinvolte sarebbero quelle interessate dai circuiti dell'emotività. Ciò, ad avviso di Greene, darebbe prova dell'esistenza di due diversi tipi di ragionamento morale, uno 'razionale', l'altro 'emotivo'. Da ultimo si veda: J.D. GREENE, *Moral Tribes: Emotions, Reason and the Gap between Us and Them*, Penguin, New York 2013.

coniugare il diritto ad altri saperi⁵⁷, si suole definire *Law and Neuroscience*, sembra essersi accreditato come autonomo settore disciplinare, a vocazione transnazionale e suscettibile a contributi provenienti da aree contigue⁵⁸. La rilevanza per la riflessione giuridica di tale sapere è enunciata programmaticamente in un'altra e più recente pubblicazione della Royal Society:

Understanding how the brain works give us an insight into the mental processes that underpin human behaviour. As the law is primarily concerned with regulating people's behaviour, it follows that knowledge about how the brain works may one day be of some relevance to the law⁵⁹

Accedendo ad una classificazione recentemente proposta⁶⁰, le neuroscienze 'giuridiche' sarebbero declinabili in: neuroscienze forensi, criminali e normative.

Le neuroscienze *forensi* si occupano dell'ammissibilità e dell'operatività, *de iure condito*, delle perizie neuroscientifiche nel processo, operando all'interno dei consolidati istituti giuridici e saggiando la permeabilità di questi alle neuroscienze, pensate come mero potenziamento di strumenti peritali già a disposizione del giudice.

Le neuroscienze *criminali*, hanno ad oggetto l'analisi in chiave neuroscientifica del comportamento criminale: il soggetto che delinque è, tra tentazioni neo-lombrosiane⁶¹ e istanze rifondazioniste del diritto penale, scrutato

⁵⁷ Sulle origini storiche della perdita di autonomia del diritto a fronte di altri settori scientifici si veda R.A. POSNER, *The Decline Of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986-1987, pp. 761 e ss. Per una ricognizione completa dei differenti 'law and- approaches' all'interno della teoria del diritto statunitense si veda G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna 2001.

⁵⁸ Anticipavamo della rilevanza per la filosofia del diritto, evidentemente oggetto privilegiato di questa trattazione. Ma non mancano contributi di altri settori scientifico disciplinari, sia di area giuridica che filosofica e psicologica.

⁵⁹ THE ROYAL SOCIETY, *Brain Waves Module 4: Neuroscience and Law*, 2011, p. 1.

⁶⁰ L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 15-36.

⁶¹ E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012. Così anche P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2 Giugno-Dicembre 2012, pp. 1 e ss. A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain: A Critique of Neuroscience in*

fin nella sua costituzione neuro-biologica, del cui funzionamento bisogna impadronirsi per spiegare le ragioni del ‘crimine’⁶².

Le neuroscienze *normative* in prospettiva *de iure condendo* analizzano le scoperte neuroscientifiche in relazione al pensiero morale, alla razionalità pratica e al suo funzionamento. Sono da ascrivere a questo filone di ricerca le note scoperte sui neuroni a specchio⁶³ che, probabilmente al di là delle intenzioni degli scienziati, hanno rappresentato il dato neurofisiologico sul quale molte riflessioni di ispirazione fenomenologica si sono appuntate⁶⁴. Del pari, la scoperta nell’incidenza delle emozioni sul ragionamento morale, che si è attribuita a Damasio, potrebbe offuscare la ragionevolezza dell’opzione espressa dal nostro ordinamento quanto all’irrelevanza di stati emotivi e passionali nella valutazione della capacità di intendere e di volere⁶⁵. Anche gli studi relativi

Criminal Law, in 44 *Wake Forest Law Review*, 2009, pp. 183 ss. A conclusioni non rassicuranti giunge Adrian Raine, che ha condotto per due decadi uno studio sulla popolazione criminale, individuando dei marcatori che consentano di individuare la predisposizione al comportamento criminale, e ipotizzando sistemi di intervento sulla costituzione biologica dei soggetti violenti al fine di prevenire la commissione di crimini. A. RAINE, *The Biological Roots of Crime*, Pantheon Books, New York 2013.

⁶² In questo senso si spiega la proposta di riformulazione dei sistemi penali in chiave consequenzialistica, che di certo strida con quanto la Corte Costituzionale ha a più riprese affermato. Tra tutti, si veda la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 5 c.p., in cui la Corte traccia una storia concettuale della colpevolezza, utilizzando un argomento di ascendenza kantiana: «vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d’attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su <congrui> elementi subiettivi». C. Cost., sent. 364/1988, paragrafo 8 del *Considerato in diritto*.

⁶³ G. RIZZOLATTI, L. FADIGA, V. GALLESE, L. FOGASSI, *Premotor cortex and the recognition of motor actions*, in *Cognitive Brain Research*, vol. 3, 2, 1996, pp. 131-141. Una versione divulgativa della scoperta è offerta in G. RIZZOLATTI, C. SINIGAGLIA, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Raffaello Cortina, Milano 2006.

⁶⁴ In questo senso Laura Boella parla di ‘morale prima della morale’. L. BOELLA, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Raffaello Cortina, Milano 2008. Il primo tentativo di integrare i risultati delle scienze cognitive con il metodo fenomenologico è provenuto da Francisco Varela, cui si deve il termine ‘neurofenomenologia’. F.J. VARELA, *Neurophenomenology: A Methodological Remedy to Hard Problem*, in *Journal of Consciousness Studies*, 3, 1996, pp. 330-350. Il saggio è oggi pubblicato in M. CAPPUCCIO (a cura di), *Neurofenomenologia. Le scienze della mente e la sfida dell’esperienza cosciente*, Bruno Mondadori, Milano 2006). Il volume raccoglie importanti contributi (tra cui quello della stessa Boella, oltre che di Jean Petit, Jean-Luc Petit, Vittorio Gallese e Roberta De Monticelli) che provano a rispondere alle sollecitazioni del programma filosofico di Varela (prematuramente scomparso).

⁶⁵ I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 188. Mantovani ricorda, poi, come «l’art. 90 fu introdotto con una precisa e non trascurabile funzione pedagogica: per stimolare cioè il dominio della volontà sulle proprie emozioni e passioni». F. MANTOVANI, *L’imputabilità sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTTI (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. 13: *Psichiatria forense generale e penale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 17. Tra

all'analisi della capacità di conformarsi a regole⁶⁶ sembrerebbero aprire un varco sull'idealtipo di agente razionale – quello incorporato dalla nozione di soggetto giuridico – che tanta parte della riflessione giusfilosofica considera come pre-dato⁶⁷.

Tuttavia, una lettura giusfilosofica della sentenza Trieste rivela l'insufficienza di uno solo di questi approcci. Se, infatti, si può leggere l'uso di perizie neuroscientifiche entro le categorie consolidate di imputabilità e capacità di intendere e di volere, dunque entro i confini metodologici segnati dalle neuroscienze forensi⁶⁸, tali perizie dicono qualcosa di più di una possibile mutazione del diritto e del concetto di responsabilità.

Gli studi richiamati dai periti e 'convalidati' dal giudice⁶⁹ hanno un potenziale stigmatizzante, perché studi effettuati su popolazione criminale. Il secondo dei confini disciplinari si prepara ad essere così facilmente varcato, nella misura in cui uno dei discorsi che legittimano questo tipo di esperimenti è proprio la fascinazione offerta dalla possibilità di fornire una spiegazione scientifica del 'male'⁷⁰.

Inoltre – ma il punto è centrale – le forti perplessità suscitate dalla circolazione della notizia dell'ingresso delle neuroscienze in tribunale sono legate allo spettro, prima evocato, del libero arbitrio⁷¹, per alcuni (ma questo lo si

l'altro, è da osservarsi come la giurisprudenza non sia stata sempre unanime nella rigida interpretazione di tale irrilevanza M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico penali*, in G. GULOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano 1987, p. 164.

⁶⁶ Il riferimento è a J.A. KING, R. JAMES, R. BLAIR, D.G.V. MITCHELL, R.J. DOLAN, N. BURGESS, *Doing the right thing: A common neural circuit for appropriate violent or compassionate behavior*, in *NeuroImage*, vol. 30, 3, 2006, pp. 1069-1076.

⁶⁷ Il nesso responsabilità-razionalità pratica è sempre più stringente nella riflessione gius-teorica di lingua inglese, da Raz a Gardner, passando per Stephen Morse. Vedi *infra*, cap. III.

⁶⁸ Così, per esempio, Lavazza e Sammiceli: «Si tratta dell'ottica dello *iure condito*, all'interno della quale i temi si risolvono negli stretti spazi di manovra legati ad una lettura (anche) neuropsicologica dell'infermità mentale». A. LAVAZZA, L. SAMMICELI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?* In M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010, p. 157.

⁶⁹ Sui modi in cui i giudici selezionano il sapere scientifico si veda *infra*, Il capitolo.

⁷⁰ B. ROMANO, *Male ed ingiusto, riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Giappichelli, Torino 2009, p. 27.

⁷¹ Così Lavazza e Sammiceli: «Innanzitutto, è immediatamente scattata – al di là delle specificazioni sopra riportate – l'idea di una espropriazione della libertà dell'uomo, all'insegna di un materialismo negatore sia del personalismo di matrice cristiana, sia dell'individualismo liberale, ma anche

vedrà meglio in seguito) condizione di possibilità di ogni attribuzione responsabilità.

E tuttavia, prima di ogni possibile lettura, le neuroscienze sono oggi strumento di accertamento del vizio di mente sempre più accreditato nelle aule di giustizia, cosicché sarà opportuno esaminare con maggiore dovizia i casi di utilizzo di tali tecniche, con (nei casi in apertura accennati) o senza (il primo caso di cui si dirà) l'avallo dell'organo giudicante.

3. «It is not him, it is his disease». *Una lettura dei casi giurisprudenziali italiani*

Gianfranco Stevanin, noto alle cronache come «mostro di Terrazzo», è stato autore dell'uccisione, perpetrata con particolare sadismo, di sei donne, omicidi circondati dalla generale incredulità per la sua apparente 'normalità'. Nel corso del processo fu sottoposto a perizie, che evidenziarono un pregresso trauma cranico, occorso durante la sua adolescenza, con lesioni frontali che, a detta del perito di parte, avrebbero «prodotto direttamente la patologia del comportamento in quanto hanno compromesso la funzionalità di aree cerebrali coinvolte nel controllo di capacità previsionali e delle scelte etiche, ma anche nel controllo dell'aggressività sessuale»⁷². Anche nel processo di secondo grado i periti conclusero per l'incidenza significativa delle lesioni sul suo comportamento, comportamento assolutamente 'normale' nel caso di un ambiente circostante fortemente condizionante. La Corte di Assise di Appello di Venezia accolse le conclusioni peritali, vedendo tuttavia la propria decisione ribaltata in sede di giudizio di legittimità. Nel giudizio di rinvio si autorizzò una nuova consulenza,

di una prospettiva progressista che enfatizza il contesto sociale come fattore di positivo (auspicato) sostegno al singolo o di negativo (temuto) condizionamento» A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?* In M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010, p. 159.

⁷² U. FORNARI, I. GALLIANI, *Il caso giudiziario di Gianfranco Stevanin*, Centro Scientifico Editore, Torino 2003, p. 203. Il caso è descritto da I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., pp. 196 e ss.

che qualificò diversamente la correlazione causale tra le lesioni frontali e il comportamento violento⁷³. L'argomento utilizzato dalla successiva Corte giudicante fu che il serial killer, pure in presenza di una lesione al lobo frontale, era stato capace di inibire la sua aggressività con la fidanzata ufficiale, durante le stesse pratiche estreme che con le altre donne si erano concluse con la loro morte. Il caso convalida un modello di responsabilità fondato sul 'poter agire diversamente', messo in crisi dalla più recente giurisprudenza, e prepara il terreno ai casi Trieste e Como, in le anomalie cerebrali assurgono a prova dell'infermità.

La prima vicenda in ordine cronologico è quella decisa dalla Corte di Appello di Trieste, che trae origine dall'omicidio commesso da un uomo appartenente alla comunità islamica, a cagione della quale questi portava un trucco vistoso sugli occhi. Circostanza che gli era valsa l'accusa di omosessualità da parte di un uomo di nazionalità colombiana. Le parole, avvertite come un'offesa, cui aveva fatto seguito una breve colluttazione, avevano innescato la reazione di Bayrout (l'imputato), il quale si era deciso a vendicarsi acquistando un coltello da utilizzare per l'aggressione dell'uomo. E tuttavia Bayrout aveva ucciso l'uomo sbagliato: un altro uomo sudamericano subiva infatti gli effetti della 'lucida' vendetta dell'algerino, che aveva alle spalle una storia psichiatrica attestata dalle perizie depositate in primo grado, costituita da «disturbo psicotico di tipo delirante (diagnosi principale)», aggravato dal fatto che il soggetto avesse un «disturbo della personalità con tratti impulsivi-asociali e con capacità intellettuale cognitiva collocabili ai limiti inferiori della norma»⁷⁴.

⁷³ «Non è lecito inferire *sic et simpliciter* dalla sussistenza di una qualche forma di infermità o anomalia, la presenza di un vizio di mente. (...) Il percorso valutativo non si esaurisce, dunque, attraverso la sola diagnosi, ma deve essere completato attraverso la ricerca dell'influenza concreta della patologia nella dinamica di quel particolare delitto (...). Il procedimento valutativo non può escludere la tematica del comprendere la criminogenesi e la criminodinamica» U. FORNARI, I. GALLIANI, *Il caso giudiziario di Gianfranco Stevanin*, cit., p. 226-227.

⁷⁴ Corte d'Assise d'Appello Penale di Trieste, n. 5/2009, Pres. Rel. Rainotti, in *Rivista Penale*, 1, 2010, p. 73. La sentenza dà conto anche del «percorso personale psichiatrico» dell'imputato, a partire dal primo contatto avutosi con il Centro di Salute Mentale di Udine Nord. In quella sede l'imputato aveva rappresentato di «sentire delle voci sin dal 2003 e che, in particolare, nel bar da lui frequentato al mattino,

Come si legge nel resoconto offertoci da uno degli esperti coinvolti, la perizia in appello si è articolata in tre fasi. Dopo la verifica tramite test psicodiagnostici della sussistenza di sintomi di tipo allucinatorio, l'imputato è stato sottoposto a test neuropsicologici di ragionamento controfattuale, che avrebbero dimostrato l'incapacità per il soggetto di rappresentarsi alternative alle sue azioni. Tale incapacità sarebbe sufficiente, per il perito, a predicare la *non responsabilità* dell'imputato⁷⁵. Questa affermazione richiede una precisazione preliminare: sebbene nelle intenzioni dichiarate dei periti, oltre che evidentemente nella dottrina consolidata, sembra pacifico che il giudizio di imputabilità debba articolarsi su una duplice verifica – quella empirico fattuale rimessa all'esperto e quella nomo-valutativa affidata al giudice⁷⁶ – la tentazione cui non sembrano resistere i periti è quella di operare per 'eccesso di delega', obliterando il momento valutativo e attribuendo implicitamente alla responsabilità un significato descrittivo⁷⁷.

L'identificazione dei sintomi psichici, dunque, costituisce solo la fase cosiddetta 'descrittiva' della diagnosi, cui segue una diagnosi 'di sede', volta a rintracciare eventuali alterazioni anatomiche e funzionali. In questa fase, al soggetto sono stati sottoposti una serie di test, uno per misurare reattività e controllo motorio e un altro, il test di Stroop, per la valutazione dell'attenzione selettiva, con contestuale sottoposizione a fMRI. Ebbene la risonanza magnetica ha evidenziato l'alterazione del funzionamento del lobo frontale durante il test relativo al controllo motorio, tipica dei soggetti psicotici, che si è offerta all'interpretazione dei periti – ritenuta dal giudice «particolarmente accurata e immune da illogicità sul piano procedimentale o di argomentazioni

due sconosciuti gli avrebbero messo una medicina nel caffè “che gli fa gonfiare la testa ed il corpo e che lo fanno diventare pazzo”». *Ibidem*.

⁷⁵ «Secondo queste indagini, il soggetto non era *responsabile* dell'atto commesso». G. SARTORI, C. SCARPAZZA, *Cervello e responsabilità*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Codice, Torino 2013, p. 69.

⁷⁶ Su questo decisive le SS. UU. Del 2005: Cass. Sez. Un. Pen., sent. 25 gennaio 2005 - 8 marzo 2005, n. 9163, cit.: «tra il disturbo mentale ed il fatto di reato deve sussistere un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo».

⁷⁷ L'influenza delle teorie della responsabilità su un giudizio di questo tipo verrà messa in rilievo nel capitolo terzo.

antinomiche»⁷⁸ – quale correlato neurale rafforzativo della prova del disfunzionamento mentale.

La terza fase della perizia si è conformata alla correlazione teorica tra genetica e funzionamento neurale. Richiamando studi consolidati in materia⁷⁹, il sig. Bayrou è stato ritenuto portatore di un polimorfismo del gene MAO-A (enzima monoaminico ossidasi A), associato ad un aumento del rischio di comportamenti aggressivi⁸⁰. Sulla particolare ‘vulnerabilità genetica’ cui il periziando risultava esposto, si è innestato – data la particolare rilevanza dell’interazione geni-ambiente – una storia di difficile inserimento sociale, che rende evidente un altro profilo critico della vicenda. L’argomento culturale, cioè, si innesta non senza difficoltà sull’argomento scientifico, in una commistione di discorsi e saperi che apre una profonda contraddizione. Sullo sfondo, sempre identica, la questione dell’indebolimento della matrice personalista della responsabilità, in cui gli individui più che rispondere di atti posti in essere nell’esercizio delle loro capacità di agenti razionali risultano prodotto di combinatorie neurogenetiche, plasmate irreversibilmente dall’ambiente. Come a dire che la matrice sociale del crimine, che tanta dottrina penalistica degli anni 70 si era sforzata di individuare⁸¹, una volta forgiata risulta immodificabile,

⁷⁸ Così a p. 73 della sentenza.

⁷⁹ F.E. VERHOVEN, L. BOOIJ, A.W. KRUIJT, H. CERIT, N. ANTYP, W. DOES, *The effects of MAOA Genotype, Childhood Trauma, and Sex on Trait and State-Dependent Aggression*, in *Brain and Behaviour*, 2, 2012, pp. 806-813. P. PIETRINI, V. BIANCHINI, *Homo ferox. The contribution of functional brain studies to understanding the neural bases of aggressive and criminal behaviour*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 4, 2009, pp. 259-265.

⁸⁰ È appena il caso di ricordare come nelle stesse parole dei periti si parli di aumento del rischio, di probabilità, allontanando (solo apparentemente?) il rischio della cosiddetta fallacia induttiva. Ciò è dimostrato in M. L. BAUM, *The Monoamine Oxidase A (MAOA) Genetic Predisposition to Impulsive Violence: Is it relevant to Criminal Trials?*, in *Neuroethics*, 6, 2013, pp. 287-306.

⁸¹ Le radici storiche di quest’approccio affondano in quella stagione del diritto penale sociale, poco ricordata perché stretta tra le alternative invasive della scuola classica e positiva. Sulla origine sociale del crimine, con una connotazione fortemente ideologica, è chiarissimo Turati, primo giurista in cui è compiutamente presente questa ispirazione: «La causa prima dei delitti sta nel disordine degli istituti sociali, nella sperequazione delle proprietà, nell’antagonismo delle classi, nell’ineducazione e nello sfruttamento dei ceti inferiori». F. TURATI, *Lo stato delinquente. Delitto, questione sociale, corruzione politica. Scritti di sociologia radicale*, Lacaita, Manduria 1999, p. 23. Su come, negli stessi giuristi socialisti, la riflessione sulla criminogenesi venne a passare dalla società alla costituzione biologica, si veda M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1973-74, pp. 574 e ss.

marchiando per sempre fin nella costituzione genetica il destino di devianza dei suoi prodotti.

Parzialmente diversa la vicenda decisa dal gup di Como nel 2011: Stefania Albertani è arrestata in flagranza di reato mentre prova a uccidere i genitori. Nel corso delle indagini emerge il precedente omicidio della sorella, perpetrato attraverso la somministrazione forzata di psicofarmaci. La donna aveva successivamente bruciato il cadavere della sorella e convinto i genitori a non denunciarne la scomparsa, sostituendosi alla stessa in alcune situazioni quotidiane (come in banca), così da non renderne pubblica la scomparsa. Dopo due mesi ne aveva poi lei stessa denunciato l'assenza, destando i fondati sospetti della polizia, che la aveva sottoposta a intercettazione ambientale riuscendo a impedire la consumazione dell'ulteriore omicidio. L'*iter* processuale avanza a fasi alterne quanto alla valutazione della capacità di intendere e di volere dell'imputata: ad una prima perizia in cui era stata dichiarata incapace senza l'indicazione di una precisa diagnosi, ne era seguita altra attestante il carattere 'istrionico' dell'imputata, con tendenze isteriche, non al punto tuttavia da escluderne la capacità. La difesa aveva presentato in seguito una consulenza di parte, affidata a Giuseppe Sartori e Pietro Pietrini – già redattori della perizia del caso precedente – che avevano sottoposto l'imputata a test genetici e fMRI, applicando una nuova tecnica, lo aIAT (*autobiographical implicit association test*)⁸². Questo test consente di misurare i tempi di reazione per verificare l'associazione tra due informazioni e viene applicato a informazioni autobiografiche certe (come il nome), messe in associazione con informazioni incerte (l'avvenimento omicidio). Da questa verifica è emerso che l'imputata, pur essendo ormai chiara la sua responsabilità 'causale'⁸³, aveva completamente

⁸² Su cui S. AGOSTA, U. CASTIELLO, D. RIGONI, S. LIONETTI, G. SARTORI, *The Detection and the Neural Correlates of Behaviour (Prior) Intentions*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 23, 2011, pp. 3888-3902.

⁸³ Si utilizza questo sintagma nel senso fatto proprio da Hart (su cui più diffusamente, *infra*, III capitolo): «in questo senso causale si può dire che siano responsabili di risultati non solo gli esseri umani, ma anche le loro azioni ed omissioni, e cose, condizioni e eventi». H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, p. 243.

rimosso l'accadimento, con ciò confermando la prima parte della perizia, quella psichiatrica (tratti psicopatici) e quella neuropsicologica (deficit nella memoria autobiografica, gravi difficoltà nell'esecuzione di ragionamenti astratti, impulsività, difficoltà ad attribuire stati emotivi)⁸⁴.

Il successivo passaggio peritale ha investito nuovamente la risonanza magnetica funzionale del compito di restituire un'immagine netta del disturbo mentale. E così è stato.

Il decremento di materia grigia nella corteccia prefrontale, riscontrato nella Albertani, è in letteratura associato al comportamento ossessivo, ai processi che regolano la menzogna, all'inibizione e controllo delle risposte comportamentali⁸⁵.

In questo secondo caso, oltre alle questioni che possono essere sollevate anche in riferimento al precedente di Como, è dato rilevare il consumarsi di uno iato tra la posizione epistemologica del giudice e quella del perito. Nella sentenza, infatti, leggiamo che l'*imaging* cerebrale e la genetica molecolare sono «procedure maggiormente fondate sull'obiettività e sull'evidenza dei dati», in grado di inferire un «nesso causale tra i disturbi dell'imputata» (ricostruiti sulla base del riscontro di alterazioni nella densità della sostanza grigia) «e i suoi comportamenti illeciti». La posizione del giudice di Como, cioè, sembra piuttosto solida nell'attribuire valore epistemologicamente certo alla perizia, individuando nel parametro nell'obiettività lo strumento idoneo a compiere un giudizio di imputabilità.

Non così nelle riflessioni che accompagnano la perizia, in cui gli esperti esibiscono condivisibilmente maggiori cautele: «riteniamo necessario sottolineare ancora una volta che le neuroscienze cognitive e le neuroimmagini non devono essere utilizzate per individuare *la* causa di un crimine violento, ma per indicare un substrato neuronale, quindi oggettivo e non falsificabile, del

⁸⁴ G. SARTORI, C. SCARPAZZA, *Cervello e responsabilità*, cit., p. 70.

⁸⁵ *Ivi*, p. 71.

disturbo»⁸⁶. Seppur ancora presente il riferimento all'oggettività, nel resoconto *ex post* degli esperti pare almeno preservarsi la dimensione normativa che afferisce al giudice nel giudizio di imputabilità. Volendo tacere quindi delle implicazioni epistemologiche di affermazioni quali «procedure maggiormente fondate sull'obiettività e sull'evidenza dei dati», sarà allora necessario un tentativo di chiarificazione concettuale intorno alla categoria di imputabilità, al fine di meglio comprendere la relazione istituita tra infermità («disturbi dell'imputata») e reato («comportamenti illeciti»).

4. Le neuroscienze per la responsabilità cambiano tutto o niente?

La categoria dell'imputabilità, unitamente alla responsabilità, verrà dunque ad essere investita del ruolo di testimone di un cambiamento, da alcuni annunciato nella sua perentorietà, da altri negato, che le neuroscienze avrebbero innescato nell'incontro col fenomeno giuridico.

È infatti diventato noto il titolo di uno dei contributi raccolti in quel numero monografico su diritto e neuroscienze di cui si diceva prima: *Neuroscience, for the Law, changes nothing and everything* affermavano nel 2004 Greene e Cohen⁸⁷, sostenendo la irrilevanza nel breve termine delle neuroscienze per il diritto e tuttavia presagendo una significativa modificazione delle intuizioni morali (*rectius* di psicologia ingenua) poste a fondamento degli istituti giuridici in futuro da riformare⁸⁸. Al di là delle ambiguità dell'approccio di Greene e Cohen, quell'intervento fu l'occasione per schierarsi tra 'neuroscettici' e 'neurointegrati', componendo un panorama di posizioni variamente articolate, e

⁸⁶ *Ivi*, p. 73.

⁸⁷ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, cit., *passim*.

⁸⁸ «The legitimacy of the law itself depends on its adequately reflecting the moral intuitions and commitments of society. If neuroscience can change those intuitions, then neuroscience can change the law». *Ivi*, p. 1778.

in cui solo in minima parte l'opzione teoretica di fondo – relativa alla questione mente-corpo – condiziona la riflessione sul diritto.

Questo perché il dibattito interno, soprattutto americano, sul rapporto tra diritto e neuroscienze si è innestato in altro dibattito, di matrice analitica, sul libero arbitrio, e segnatamente sulla compatibilità della responsabilità – morale e giuridica, spesso in un'indistinzione di riferimenti – con una visione deterministica del mondo. Ridimensionare il ruolo delle neuroscienze nella comprensione o eventuale ripensamento della categoria giuridica 'responsabilità', dunque, è approdo interpretativo tanto di coloro che ritengono, da una prospettiva libertaria, che il discorso delle neuroscienze non possa rendere conto di un fenomeno esperibile solo fenomenologicamente quale la libertà, quanto di coloro che, condividendo la visione deterministica dell'uomo proposta da alcuni neuroscienziati, ritengono il diritto a ciò indifferente.

Ma prima di sondare le ragioni delle diverse parti coinvolte in quello che è stato definito '*free will approach*'⁸⁹, è necessario verificare se è quanto l'istituto giuridico dell'imputabilità implichi l'idea di libero arbitrio.

4.1 Il giudizio di responsabilità tra imputabilità e libertà

Come è stato giustamente osservato⁹⁰, i commenti intorno al rapporto tra responsabilità e neuroscienze hanno spesso il difetto di misconoscere la diversità di piani delle questioni concettuali maggiormente implicate: l'imputabilità, la cui

⁸⁹ Così definito da Santosuosso, e ritenuto da questi insoddisfacente: «It seems to me that the free will approach is neither exhaustive, in theoretical terms, nor able to face the new reality and that a different one might be more productive. In my opinion, at least nowadays, the real overwhelming need is to know more on whether and how the presently available neurotechniques are actually used by experts before the courts in different countries. Indeed, it might be worthless going on wondering how and if neuroscientific findings change our idea of law and responsibility without having enough information about their real impact». A. SANTOSUOSSO, *Neuroscience and Converging Technologies in Italy: From Free Will Approach to Humans as Not Disconnected Entities*, in T. M. SPRANGER, *International Neurolaw. A comparative Analysis*, cit., p. 198.

⁹⁰ I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., p. 177.

individuazione pertiene al diritto; e il libero arbitrio, di ardua definizione filosofica se non teologica.

E tuttavia, pure accettando la raccomandazione metodologica, non si può tacere la profonda interazione tra i due piani, quello giuridico e quello filosofico, che mette in questione il giudizio di responsabilità, tanto sul versante interno⁹¹, nella messa in forma cioè degli istituti giuridici che concretamente consentono di esperire il giudizio di responsabilità – l'imputabilità è tra questi –, tanto su quello esterno, di autocomprensione e domanda di fondazione di un concetto che storicamente si è assestato entro l'idea di libertà⁹². Ed è proprio sulla eventuale separatezza dei due piani che si incunea la domanda cui si tenterà di rispondere: le neuroscienze, per la responsabilità giuridica, cambiano tutto o niente?

Il primo passo sarà far luce, come si diceva, sul concetto di imputabilità, riguadagnato dalla dottrina penalistica all'idea di colpevolezza⁹³. Partendo dal dettato codicistico, l'art. 85 c.p. definisce positivamente l'imputabilità, o meglio il soggetto imputabile, come colui che è *capace di intendere e di volere*. L'art. 88 chiarisce una delle più rilevanti cause di esclusione dell'imputabilità: l'infermità⁹⁴ è causa (necessaria ma non sufficiente) di esclusione dell'imputabilità, qualora essa determini uno stato di mente tale da escludere la capacità di intendere o di volere.

Nell'architettura dogmatica consegnataci dal codice, l'imputabilità si configura così «come una costruzione a due piani, il cui primo livello è relativo al substrato patologico (infermità), mentre il secondo livello è relativo alla eventuale conseguente incapacità di intendere o di volere»⁹⁵.

⁹¹ A. LAVAZZA, *Responsabilità sotto attacco e saggezza del diritto*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Quanto siamo responsabili?*, cit., p. 226.

⁹² Almeno secondo la ricostruzione genealogica prospettata da Scarpelli, come si è visto nell'introduzione.

⁹³ Presupponendo, dunque, una teoria tripartita del reato, non da tutti condivisa.

⁹⁴ Termine più ampio che il diritto utilizza per dar conto di ogni deviazione dalla condizione di 'salute' che abbia anche i caratteri della permanenza, e che sia idonea a causare uno stato mentale tale da escludere l'imputabilità.

⁹⁵ T. BANDINI, *Riflessioni critiche sulla nozione di infermità in psichiatria forense*, in L. DELL'OSSO, A. LOMI (a cura di), *Diagnosi psichiatrica e DSM-III-R*, Giuffrè, Milano 1989, p. 171. Così la recente giurisprudenza di legittimità: «il concetto di imputabilità è, al tempo stesso, empirico e normativo (che

L'imputabilità cioè si direbbe un concetto a fattispecie aperta, laddove l'apertura comporta un necessario dialogo con le scienze empirico-sociali, una sorta di rinvio mobile che consenta di recepire i mutamenti interni alla scienza psichiatrica nella definizione di ciò che possa essere considerato malattia mentale. Testimonianza di tale apertura è la sentenza del 2005 della Cassazione a Sezioni Unite⁹⁶, che ha, con un *revirement* giurisprudenziale, ammesso la idoneità dei disturbi della personalità a concretare un vizio di mente.

Al di là dell'approdo interpretativo, la sentenza costituisce una lucida riflessione sulla altalenante relazione tra diritto e scienza psichiatrica, in cui il diritto, a fronte delle incertezze determinate dalla crisi del paradigma medico, ha provato a ripерimеtrare i confini del giudizio di imputabilità, restringendo il varco al sapere medico, scosso nelle sue stesse fondamenta epistemologiche⁹⁷.

I momenti di questo ambiguo rapporto verranno brevemente ricostruiti.

In una prima fase la giurisprudenza italiana ha riconosciuto il monopolio del paradigma medico, in cui «le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi, per ciò, un substrato organico o biologico». Questa totale identificazione tra infermità e malattia mentale ha comportato una sorta di delega in bianco al sapere medico nella definizione del vizio di mente, con contestuale irrilevanza della specificità della storia personale del soggetto agente. Alla fine degli anni '70 la Cassazione si esprimeva in questi termini: «quando il disturbo psichico e aspecifico non corrisponde al quadro-tipo di una data malattia, non esiste uno stato patologico coincidente col vizio parziale di mente» (Cass., Sez. I, n. 930/1979). E tuttavia a questo paradigma stava già

“normativamente si manifesta nella costruzione a due piani”), nel senso che è dato innanzitutto alle scienze di individuare il compendio dei requisiti bio-psicologici che facciano ritenere che il soggetto sia in grado di comprendere e recepire il contenuto del messaggio normativo connesso alla previsione della sanzione punitiva, ed è mancipio del legislatore, poi, “la fissazione delle condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali”, tale opzione legislativa implicando “valutazioni che trascendono gli aspetti strettamente scientifici del problema dell'imputabilità e che attengono più direttamente agli obiettivi di tutela perseguiti dal sistema penale”». Cassazione a Sezioni Unite 9163/2005, paragrafo 6.

⁹⁶ Cassazione a Sezioni Unite 9163/2005.

⁹⁷ Assecondando un processo di revisione critica della scienza *tout court*, anche a seguito della discussa pubblicazione di T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1969. Sul punto si veda *infra*.

per subentrare un altro, quello psicologico, che assorbendo la complessità della riflessione psicoanalitica sulla malattia mentale, suggeriva di valorizzare altri disturbi oltre alle malattie mentali regolarmente classificate, tenendo conto della storia personale di ogni imputato: «per la sussistenza del vizio di mente non è sufficiente che il giudice riconduca l'azione dell'imputato sotto un modello di infermità apoditticamente affermato, ma è necessario che lo stesso indichi i dati anamnestici, clinici, comportamentali o sorgenti dalle stesse modalità del fatto, rilevatori dell'asserito quadro morboso»⁹⁸. Contribuiva poi allo spaesamento l'affermarsi del paradigma sociologico, con la rescissione di ogni legame con il dato naturalistico, e lo spostamento del baricentro eziologico dal soggetto stesso – *rectius* dalla sua costituzione biologica – alla società, ritenuta 'responsabile' della malattia mentale. A tale approccio è riconducibile la feconda stagione dell'antipsichiatria, che, sebbene non abbia trovato cittadinanza nelle argomentazioni ufficiali dei giudici, ha senz'altro favorito interventi legislativi volti a 'recuperare la soggettività'⁹⁹ dei malati di mente, con l'abolizione dei manicomi, e la sperimentazione di luoghi di recupero alternativi. La soggettività ritrovata, tuttavia, non ha condotto al superamento, pure da più parti invocato, dell'istituto dell'imputabilità¹⁰⁰, strumento elettivo di discriminazione tra 'sani' – imputabili e dunque assoggettabili a pena – e 'malati' – non imputabili ma suscettibili di valutazione in termini di pericolosità.

Gli anni della crisi del concetto di imputabilità erano – non a caso – anche gli anni in cui Michel Foucault¹⁰¹ dedicava i suoi corsi al *Collège de France* al

⁹⁸ Cass. Pen., 22 novembre 1982, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1984, p. 1228.

⁹⁹ Questo il titolo di un volume curato da Pier Aldo Rovatti: P.A. ROVATTI, *Restituire la soggettività. Lezioni sul pensiero di Franco Basaglia*, alpha beta Verlag, Merano 2013. Il recupero della soggettività del malato mentale è stato infatti l'obiettivo di Franco Basaglia, formatosi alla scuola dell'esistenzialismo e della fenomenologia (da Husserl aveva mutuato la distinzione tra *Koerper* e *Leib*), prima di diventare direttore dell'ospedale psichiatrico di Gorizia e in seguito di quello di Trieste. Con la fondazione di *Psichiatria Democratica* ne 1973 promosse la diffusione in Italia dell'antipsichiatria, fino alla celebre l. 180 che, come è noto, reca il suo nome ed è a tutt'oggi in vigore.

¹⁰⁰ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico-penali*, in G. GULOTTA, *Trattato di psichiatria giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè 1987, pp. 147 e ss.

¹⁰¹ Sui rapporti tra Michel Foucault e Franco Basaglia si veda P. DI VITTORIO, *Foucault e Basaglia: l'incontro tra genealogia e movimenti di base*, Ombre Corte, Verona 1999, che individua una continuità tra i due. Contra F. MANCUSO, *Bioetica e malattia mentale: il malato psichico come 'persona'*, in

rapporto, denso di implicazioni politiche, tra crimine e malattia mentale, luogo *par excellence* di manifestazione del ‘potere di normalizzazione’. Le istituzioni giudiziarie diventavano oggetto dell’osservazione privilegiata di Foucault proprio per dar conto di un processo progressivo di legittimazione del sapere psichiatrico che, entro il tribunale e in modo funzionale alla creazione del ‘dispositivo’ normalizzante, ha assunto come fine programmatico quello di «trovare il nocciolo di follia che deve per forza trovarsi in tutti gli individui che costituiscono un pericolo per la società»¹⁰², cioè chi commette un crimine, chi devia dalla ‘norma’¹⁰³.

Il processo di revisione critica dei paradigmi del sapere psichiatrico – sia dall’interno con l’opera di Franco Basaglia, che dall’esterno con Michel Foucault – ha così rappresentato una sorta di grado zero per la psichiatria che, indebolita nella propria legittimità, ha ceduto al diritto nuovi spazi per la determinazione di un significato giuridico di infermità.

La reazione del diritto a fronte della pluralità dei modelli interpretativi venutisi a creare – anche in seguito a quella stagione – è costituita, cioè, in una sorta di arroccamento entro una nozione di infermità più funzionale al giudizio di imputabilità, che, per evidenti ragioni garantistiche, mal tollera una fluidità di confini descrittivi. Da ciò una sorta di rivendicazione di autonomia nella

Bioética: Herramienta de Políticas Públicas y los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI, Buenos Aires 2012.

¹⁰² M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Feltrinelli, Milano 2010, p. 112.

¹⁰³ Quest’ultima citazione testuale di Foucault si presenta, invero, come una delle possibili chiavi ermeneutiche dell’impresa neuroscientifica, laddove, in quella che sopra si è definita branca delle neuroscienze criminali, il progetto teorico è proprio quello di una spiegazione scientifica del male. Su questo si veda B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni su Luhmann e Boncinelli*, Giappichelli, Torino 2009. E tuttavia, l’esordio delle perizie psichiatriche nel processo penale, nella vivace ricostruzione storica di Foucault, pare rispondere ad un’esigenza speculare rispetto alle perizie neuroscientifiche. Se l’accuratezza di queste legittimava la punizione di atti criminali in quanto appartenenti ad un passato con tali atti coerente di devianza morale (più che di infermità), le perizie neuroscientifiche ad ora legittimano una esclusione di responsabilità per la inevitabilità della propria predisposizione neurogenetica al crimine. Cioè la perizia psichiatrica, più che attivare il meccanismo di esclusione della responsabilità, nasce per rendere plausibile il giudizio binario che, al tramonto del regime della prova legale, necessita di una certezza assoluta. Ricondurre un atto al suo autore perché conforme al suo carattere («ha rubato perché è un ladro») è la forma tipica di questo tipo di argomento, dunque, rafforza il «regime della verità universale» istituitosi a partire dal XVIII secolo funzionale alla normalizzazione degli individui. M. FOUCAULT, *Gli anormali*, cit., p. 19.

definizione della nozione di infermità, che ha fatto dire a Mantovani: «la stessa categoria dell'imputabilità non è riducibile a realtà naturalistica: la capacità di intendere e di volere rimane un concetto a forte connotazione normativa»¹⁰⁴.

La descrizione, seppur sintetica, dei controversi rapporti tra psichiatria e diritto, consente di leggere con maggiore avvedutezza il percorso argomentativo che il giudice del caso Como compie per giustificare la scelta a favore delle perizie neurogenetiche. La difficoltà del caso, per il giudice, sono sintomatiche «della crescente difficoltà della psichiatria odierna – trasformatasi in una sorta di una rassegnata presa d'atto – di distinguere con sicurezza e precisione tra sanità ed infermità mentale»¹⁰⁵. Da ciò l'affidamento alle nuove tecniche di *neuroimaging*, che – in una formula tutta da verificare – appaiono «maggiormente fondate sull'obiettività e sull'evidenza dei dati»¹⁰⁶.

E tuttavia non è solo la nozione di infermità a richiedere la collaborazione, più o meno intensa, della scienza per la sua definizione. Non solo cioè lo stato fisico *infirmante* si pone come problematico agli occhi del giurista, ma anche le capacità *infirmate*, di intendere e di volere, si prestano ad una possibile immissione di elementi naturalistici.

La capacità di intendere, infatti, può definirsi: «quale facoltà intellettuale – come la idoneità del soggetto a conoscere, comprendere e discernere i motivi della propria condotta e, perciò, a valutare questa sia nelle sue relazioni col mondo esterno nonché nella sua portata e nelle sue conseguenze: in breve, rendersi conto del valore delle proprie azioni». La capacità di volere, in via di prima approssimazione, «è l'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità di optare per la condotta adatta al motivo che appare

¹⁰⁴ L'affermazione di G. FIANDACA (*Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, Relazione al convegno "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche", Firenze, 7-8 maggio 2004) è riportata da I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello*, cit., p. 188.

¹⁰⁵ Tribunale di Como, GIP, 20 maggio-20 agosto 2011, p. 29.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 39.

più ragionevole e, quindi, di resistere agli stimoli degli avvenimenti esterni: più brevemente è la facoltà di volere ciò che si giudica doversi fare»¹⁰⁷.

Stando allora ad una prima lettura, le perizie neuroscientifiche fanno esattamente ciò che l'impianto dommatico dell'imputabilità consente di fare: se la capacità di volere è la facoltà di determinarsi in modo autonomo (*prima facie*: libero), ebbene *test* neurogenetici che escludano tale capacità in un caso specifico non farebbero che sostanziare una *status* di infermità che, *iure condito*, è causa di una diminuzione di tale capacità.

Fin qui allora le neuroscienze non cambierebbero niente, e i recenti confini disciplinari segnati dalle neuroscienze forensi sarebbero del tutto idonei. Quindi la nozione di infermità, con tutte le vicende da cui esita, consentirebbe ancora di inquadrare agevolmente questo tipo di discorso scientifico.

Anzi, a fronte della pluralità di modelli interpretativi del sapere psichiatrico, le neuroscienze esprimono una controtendenza di certo più congeniale alle esigenze di certezza del diritto, ancorando ad un dato di pronta lettura – le tecniche di *neuroimaging* – la rilevazione del vizio di mente.

E tuttavia, si diceva, la stessa difficoltà di affidare ad un sapere esterno al diritto la semantizzazione della nozione di infermità è propria delle nozioni di capacità di intendere e di volere, laddove di certo non immediate appaiono tanto una possibile definizione di intelligenza (che una delle sentenze in esame rinviene nel test del Q.I.), quanto quella di volere. E dalla implicazione più o meno stringente tra queste nozioni e quella di libertà evidentemente dipende l'incidenza delle scoperte neuroscientifiche sul diritto.

I commenti all'indomani dell'emanazione del Codice Rocco non lasciano dubbi: «sarebbe stato meglio ricavare la definizione di imputabilità non già dal concetto della libertà, ma da quello dell'esame della condotta dell'individuo», scriveva Gemelli nel 1936. Ciò avrebbe consentito, prosegue, «nell'accertare praticamente se un atto è o no da imputarsi ad un soggetto, di limitarsi all'esame

¹⁰⁷ A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, Milano 1970, p. 772.

della condotta dell'uomo stesso e delle ragioni che l'hanno determinata senza incorrere nel groviglio della valutazione diretta della libertà»¹⁰⁸.

Dunque tra il determinismo professato dalla scuola positiva del diritto penale e la piena libertà riconosciuta all'uomo dalla scuola classica¹⁰⁹ il Codice Rocco, nonostante il compromesso rappresentato dal cosiddetto 'doppio binario', sembrerebbe aver optato esplicitamente per un modello 'libertario', in cui presupposto della libertà di volere sembra essere inevitabilmente la più o meno dichiarata sussistenza del libero arbitrio.

Sembrerebbe fondata allora la critica al nostro sistema giuridico rivolta da più attenti osservatori, che considerano il nostro sistema penale sorretto da un approccio filosofico di tipo indeterminista: come si vedrà tra un attimo, questo modello considera il libero arbitrio esistente e la libertà non compatibile con il determinismo.

E tuttavia, la giurisprudenza più recente non sembra dello stesso avviso. Richiamando attenta dottrina penalistica, la Cassazione a Sezioni Unite afferma che:

Una volontà libera, intesa come libertà assoluta di autodeterminazione ai limiti del puro arbitrio, non esiste, dovendo piuttosto la volontà umana definirsi libera, “in una accezione meno pretenziosa e più realistica, nella misura in cui il soggetto non soccomba passivamente agli impulsi psicologici che lo spingono ad agire in un determinato modo, ma riesca ad esercitare poteri di inibizione e di controllo idonei a consentirgli scelte consapevoli tra motivi antagonisti”¹¹⁰

¹⁰⁸ A. GEMELLI, *Metodi compiti e limiti della psicologia nello studio e nella prevenzione della delinquenza*, Vita e pensiero, Milano 1936, p. 37.

¹⁰⁹ Per la scuola classica di diritto penale ogni individuo umano era considerato «imputabile in regola generale, perché ed inquantoché (...) dotato della condizione per essere causa morale del reato, cioè dell'attività intelligente, che come forza operatrice sulle forze circostanti è tenuta ad obbedire a' comandi del Diritto». E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano*², Eugenio Marghiori editore, Napoli 1899, p.70.

¹¹⁰ Il virgolettato è presente nella sentenza (Cass. SS. UU. 9163/2005).

Ma seppure in tale struttura diluita, resta il riferimento – ineludibile – a poteri di inibizione che richiedono di essere perlomeno discussi a partire dalle recenti acquisizioni scientifiche che, oltre ai dati esibiti nelle sentenze Como e Trieste, rendono più esplicito il motivo di tanto dibattere intorno al tema.

4.2 L'esperimento di Libet e il Free Will Approach

Nella prima metà degli anni '80, Benjamin Libet, con il suo gruppo di ricerca, effettuò alcuni esperimenti volti a decodificare il momento di emersione dell'attività cosciente, studiando la relazione tra l'attività cerebrale e l'intenzione cosciente di eseguire un dato movimento volontario. Ai partecipanti fu chiesto di muovere liberamente e a proprio piacimento il polso della mano destra, e contemporaneamente di indicare il momento preciso dell'assunzione di tale decisione. Per ottenere maggiore accuratezza nella indicazione del momento esatto della presa di coscienza, Libet predispose un quadrante di orologio con un cursore luminoso che impiegava 2,56 secondi a rotazione. In tal modo, i partecipanti dovevano associare il momento della 'decisione' di piegare il polso alla posizione del cursore luminoso sul quadrante, il tutto monitorati da elettroencefalogramma. L'attenzione degli sperimentatori era focalizzata sul potenziale di prontezza motoria (PPM), un incremento graduale dell'attività elettrica associato alla preparazione motoria cerebrale dei movimenti volontari.

Dall'esperimento di Libet, destinato a grande clamore, emerse che tale potenziale di prontezza motoria fosse rilevabile prima del momento individuato dai soggetti come quello della presa di decisione. I volontari, infatti, diventavano coscienti – secondo quanto indicato da loro stessi – circa 350 millisecondi dopo il potenziale di prontezza motoria di tipo II (quello rilevato per le azioni spontanee) e circa 500-800 millisecondi dopo la decodifica del potenziale di prontezza motoria di tipo I (quello per le azioni pianificate).

Tali esperimenti sono poi stati recentemente confermati da Soon e il suo gruppo di ricerca nel 2008¹¹¹, con dati ancora più rilevanti, che attesterebbero l'emersione della coscienza dell'azione addirittura alcuni secondi dopo la rilevazione del segnale di prontezza nel cervello¹¹². Secondo questo gruppo di scienziati, la fMRI sarebbe in grado di decodificare 10 secondi prima che l'azione diventi cosciente il contenuto della scelta, nel caso di specie se i volontari abbiano deciso di muovere la mano destra piuttosto che la mano sinistra.

Le letture di questi esperimenti sono state molteplici: se da più parti si è perentoriamente annunciata la morte del libero arbitrio – o meglio delle ingenue convinzioni sulla sua sussistenza – altri hanno cercato di leggere gli stessi dati sperimentali in modo diverso, rilevandone i profili di maggiore attrito.

Sempre accettando l'ipotesi scientifica di Libet, e anzi valorizzando la sua stessa interpretazione di tali dati, si è riconosciuta l'esistenza di una finestra, tra l'emergere della coscienza e l'inizio del movimento, durante il quale la coscienza potrebbe porre un veto sull'azione 'imposta' dai circuiti neurali. Per questo motivo, Libet propose di sostituire la nozione di *free will* con quella di *free won't*. Questa proposta si espone ad una obiezione fondata sul medesimo argomento: se *ogni* attività volontaria è determinata dai circuiti neurali, prima ancora che questa diventi cosciente, non si comprende perché ciò non dovrebbe valere per l'attività di veto¹¹³.

Lo stesso Haynes, uno degli scienziati che con Soon ha pubblicato i risultati di una riedizione dell'esperimento di Libet, ha poi evidenziato la differenza tra le decisioni oggetto dell'osservazione scientifica, esecuzione di semplici compiti

¹¹¹ C.S. SOON, M. BRASS, H.J. HEINZE, J.-D. HAYNES, *Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain*, in *Nature Neuroscience*, 11, pp. 543-545.

¹¹² «Il nostro studio dimostra che il cervello può inconsciamente cominciare a preparare le decisioni alcuni secondi prima che raggiungano la consapevolezza», afferma uno dei partecipanti all'esperimento. J.-D. HAYNES, *Posso prevedere quello che farai*, in *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice, Torino 2010, p. 15.

¹¹³ «Conscious-will might block or veto the process, so that no act occurs. The existence of a veto possibility is not in doubt». B. LIBET, *Do we have free will?*, in *Journal of Consciousness Studies*, 8-9, 1999, p. 52.

assegnati ai volontari, e le decisioni, a forte carica motivazionale o espressione di progetto di lunga durata, che prendiamo nella nostra vita¹¹⁴. Un'obiezione facilmente individuabile e che scardina alla base questo approccio, è invece quella inversa. Cioè che nella vita di tutti i giorni siamo spesso chiamati a prendere decisioni in un tempo inferiore agli otto secondi, individuati dall'esperimento di Soon come lasso temporale di emersione alla coscienza di decisioni già presenti nel cervello¹¹⁵. Ciò di cui l'esperimento non darebbe conto, allora, sono tutte quelle azioni a stretto circuito, in cui, se pure intervengono automatismi, questi non incidono sulla riconducibilità di quelle azioni al loro agente. Del resto gli esperimenti condotti da Patricia Churchland per confutare i dati di Libet sono in ciò molto chiari: di fronte alla richiesta di reagire ad uno stimolo luminoso pigiando un pulsante, i tempi di reazione sono risultati incredibilmente ridotti, a tal punto da non assorbire quello spazio di 350 millesimi di secondi che secondo l'esperimento di Libet intercorre tra attivazione del segnale di potenza motoria e emersione della coscienza.

Per Dennett, dunque, e proprio in conseguenza dell'esperimento della Churchland, l'esperimento di Libet testimonierebbe che lo scarto di 500/350 millesimi di secondo è in realtà il tempo che il cervello impiega per trasmettere l'impulso del movimento (la pressione di un bottone) ai muscoli, cioè che «non è che la coscienza resta vergognosamente indietro rispetto alle decisioni inconsce, ma che i processi decisionali coscienti richiedono tempo»¹¹⁶.

¹¹⁴ Così anche le obiezioni di Roberta De Monticelli, che considera tali atti «espressione di una posizionalità random». R. DE MONTICELLI, *Che cos'è una scelta? Fenomenologia e neurobiologia*, in: M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi?*, cit., p. 125.

¹¹⁵ Come acutamente osserva Dennett: «le nostre vite sono piene di decisioni che vanno prese quando è già troppo tardi (...), risposte che dovranno essere fornite troppo rapidamente per poter essere sottoposte al vaglio della riflessione nella foga dell'azione». D.C. DENNETT, *L'evoluzione della libertà*, Raffaello Cortina, Milano 2004, p. 318.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 319. Così anche Gallagher: «penso che questo problema possa venire risolto una volta che noi non pensiamo più al libero arbitrio come a un atto istantaneo. Una volta che capiamo che le deliberazioni e le decisioni sono processi che si dispiegano nel tempo, sebbene, in alcuni casi, in intervalli di tempo molto piccoli, allora c'è ampio spazio per le componenti della coscienza che sono ben più che degli accessori successivi al fatto». S. GALLAGHER, *The neural platonist*, in *The Journal of Consciousness Studies*, 5, 1998, p. 706, trad. it. in D. Dennett, *L'evoluzione della libertà*, cit., p. 323, nt. 3.

Tali critiche, che potremmo definire interne allo stesso argomento di Libet, sottendono in realtà una questione ulteriore, che mette radicalmente in discussione la capacità euristica di tali esperimenti. Nelle letture che di tali esperimenti sono state fatte – non certo nei dati in sé, che richiedono di essere correttamente interpretati – si rinviene spesso una sorta di *petitio principii*, in cui il risultato della dimostrazione – che un’azione volontaria diventerebbe cosciente solo dopo l’attivazione dei circuiti neurali a ciò deputati – è parzialmente contenuto nelle premesse; e cioè che l’azione libera sia quell’azione determinata da un previo stato cosciente, che la ‘determini’ in quanto libera. In altri termini gli esperimenti neuroscientifici di Libet (ma anche di altri) si fondano spesso su concezioni filosofiche ingenuie¹¹⁷, in cui il modello teorico di riferimento – cosa siano le intenzioni, la volontà, la libertà, e la stessa responsabilità – sembra confezionato *ad hoc*, per dimostrare ciò che si intende dimostrare¹¹⁸.

E tuttavia, al di là delle critiche ‘interne’ o ‘esterne’, tali risultanze scientifiche hanno senz’altro rinvigorito il dibattito, articolato al suo interno in varie posizioni intermedie, sul libero arbitrio e sulla compatibilità della responsabilità – morale e giuridica – con una visione deterministica dell’uomo. Tale dibattito è appunto marcato da un approccio metodologico che, proprio per il suo innestarsi sulle precedenti dispute di matrice analitica sul libero arbitrio, è stato definito, come si è visto, *free will approach*¹¹⁹.

Si segnala sin d’ora che non è questo l’approccio metodologico che si seguirà nel tentativo di dar conto di una teoria della responsabilità in grado di ammortizzare gli effetti del discorso neuroscientifico sulla scienza giuridica. Se

¹¹⁷ Così F. SANTONI, *Per colpa di chi? Mente, responsabilità e diritto*, Raffaello Cortina, 2013, p. 45. In questi termini si esprime anche Laura Boella a proposito del complesso rapporto tra tecniche di *lie detection* e definizione, filosofica, della menzogna. Obiezione estendibile anche allo aIAT, tecnica di decodificazione dei ‘ricordi’, già accettata in Italia come prova scientifica.

¹¹⁸ Rilevanti eccezioni, che mostrano consapevolezza della parzialità di ogni campo del sapere, sono rinvenibili nel lavoro condotto da Maxwell BENNETT e Peter HACKER, *Philosophical Foundation of Neuroscience*, Blackwell, Oxford 2003; seguito dalla replica di Searle e Dennett: M. BENNETT, D. DENNETT, P. HACKER, J. SEARLE, *Neuroscience and Philosophy: Mind, Brain and Language*, Columbia University Press, New York 2007.

¹¹⁹ A. SANTOSUOSSO, *Neuroscience and Converging Technologies in Italy: From Free Will Approach to Humans as Not Disconnected Entities*, cit., p. 198.

ne farà, tuttavia, cenno proprio per evidenziarne limiti e argomenti ancora utilizzabili.

John Searle, filosofo americano in dialogo costante con le neuroscienze, in una conferenza tenuta a Parigi nel 1995 parlava della sussistenza del problema del libero arbitrio in filosofia come di una sorta di ‘scandalo’¹²⁰. Ciò per l’autoevidenza della percezione che ognuno ha della libertà delle proprie azioni, periodicamente – nella storia dell’uomo – messa in dubbio da determinismi vecchi e nuovi, siano questi di matrice scienziata o meno¹²¹. Il *free will approach*, allora, continua a riproporre lo scandalo del libero arbitrio, pensando la categoria della responsabilità entro il discorso sulla libertà.

Le posizioni articolatesi all’interno di questo approccio differiscono, poi, tanto per l’antropologia filosofica che si sceglie di sostenere – siamo liberi/determinati –, quanto per la valutazione dell’incidenza di questa sull’idea di libertà e responsabilità. La visione cosiddetta *libertaria* considera incompatibile il determinismo con la libertà, e falso il determinismo stesso. Per contro, a fronte di una concezione deterministica del mondo e dell’uomo, sono state sviluppate teorie sia di tipo *compatibilista*¹²², che non considerano rilevante per la comprensione della libertà e della responsabilità il fatto di essere o meno determinati; sia teorie di tipo *incompatibilista* (da alcuni definite *hard*

¹²⁰ J.R. SEARLE, *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Bruno Mondadori, Milano 2005, p. 3. Allo stesso modo Alessandro Baratta cita, aderendo alla sua posizione, Karl Engisch, il quale «al termine di un esame di recenti teorie sulla libertà del volere, osserva che esse non hanno portato lo stato del problema oltre il *non liquet* in cui già si trovata». A. BARATTA, *Per una concezione dialettica della libertà del volere come presupposto della pedagogia criminale*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*. Convegno di diritto penale. Bressanone 1963, Cedam, Padova 1964, p. 79.

¹²¹ Così, ad esempio Benedetto Croce: «l’individuo non è responsabile della sua azione, ossia che l’azione non è scelta da lui ad arbitrio, e perciò non gliene spetta né biasimo né lode né castigo né premio. Il che, se anche possa suonare paradossale, è comprovato dalla forma perfetta del conoscere, il conoscere storico, nel quale le azioni sono spiegate, qualificate e intese, ma non lodate o condannate, e non vengono riportate agli individui come a loro autori, ma all’intero corso storico, del quale sono aspetti». B. CROCE, *Responsabilità*, in *Etica e Politica* (1931), Laterza, Bari 1945, p. 126.

¹²² La *summa divisio* compatibilisti/incompatibilisti si deve a Peter VAN INWAGEN, *An Essay on Free Will*, Oxford University Press, Oxford 1983.

determinism). Saranno queste ultime, nella specificità del riferimento al fenomeno giuridico¹²³, ad essere oggetto delle prossime riflessioni.

5. Se le neuroscienze cambiano tutto: l'incompatibilismo determinista

Nel dibattito anglo-americano la posizione maggiormente rappresentativa dell'*hard determinism* è quella espressa da Green e Cohen nel celebre articolo *For the Law Neuroscience changes nothing and everything*, incluso nelle 'Philosophical Transactions' del 2004. In quella sede, infatti, Green e Cohen presero le distanze dalla influente opinione di Stephen Morse – compatibilista – dichiarandosi senza reticenze: «*when it comes to the issue of free will itself, hard determinism is mostly correct. Free will, as we ordinarily understand it, is an illusion*»¹²⁴. L'opzione teorica di riferimento è chiara, ed è mutuata, quanto alle premesse, da Wegner, e dalla sua celebre opera *L'illusione della volontà cosciente*. In quel lavoro, come è facile intuire, Wegner tenta di smascherare quella che non costituirebbe altro che una sorta di illusione:

La sensazione di volere coscientemente le nostre azioni (...) non equivale alla lettura diretta di tale potenza della volontà verificabile scientificamente. È piuttosto il risultato di un sistema mentale per il quale ciascuno di noi stima momento per momento il ruolo che la mente svolge per le nostre azioni¹²⁵.

E tuttavia i due Autori divergono nelle conclusioni rispetto a Wegner. Se per quest'ultimo, infatti, attesa la non verificabilità del libero arbitrio, sarebbe

¹²³ Ricostruire il dibattito sul libero arbitrio è estraneo all'obiettivo di questo lavoro. Si darà conto in queste sede solo delle posizioni direttamente incidenti sul dibattito giuridico-filosofico,

¹²⁴ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359, 2004, p. 1783.

¹²⁵ R. WEGNER, *L'illusione della volontà cosciente*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, cit., p. 29.

comunque necessario preservare tale finzione, in quanto necessaria per la sussistenza delle istituzioni – tra tutte la responsabilità¹²⁶ –, è diversa l'opinione di Green e Cohen, per i quali «*contrary to legal and philosophical orthodoxy, determinism really does threaten free will and responsibility as we intuitively understand them*»¹²⁷. Questo perché i nostri sistemi penali, a detta di Green e Cohen, si fondano su presupposti libertari e incompatibilisti, nella misura in cui la psicologia ingenua – la *folk psychology*¹²⁸ – ha incorporato al suo interno il dualismo cartesiano e una metafisica libertaria di matrice cristiana. Proprio perché allora la stabilità di un sistema giuridico si basa sul livello di compatibilità tra psicologia ingenua – ciò che i consociati ritengono vero – e l'immagine che il diritto di quegli stessi concetti restituisce, nel momento in cui le neuroscienze si imporranno alla *folk psychology*¹²⁹ incrineranno l'equilibrio richiedendo una transizione al modello consequenzialistico. Cioè l'effetto delle neuroscienze non sarà di certo quello di far scomparire la pena, ma di sconfessare il retributivismo ancora imperante¹³⁰, che richiede quale suo presupposto il libero arbitrio, sanzionando chi commette reati solo per finalità di pubblica sicurezza. A questo punto, anche la differenza tra soggetti imputabili e non imputabili diventerebbe

¹²⁶ Per questi motivi Wegner è considerato un compatibilista. Questa è anche l'opinione del neuroscienziato Gazzaniga, per il quale pure «la nostra vita cosciente dipende da automatismi di ogni tipo che avvengono nel nostro cervello» (M. GAZZANIGA, *La mente inventata. Le basi biologiche dell'identità e della coscienza*, Guerini e Associati, Milano 1999, p. 125): «Responsibility is not in the brain; it is in the social contract. Responsibility reflects the hope we share that each person will follow certain rules». M. GAZZANIGA, *The Law and Neuroscience*, in *Neuron*, 60, 2008, p. 413.

¹²⁷ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1780.

¹²⁸ Tale sintagma è attribuito dallo stesso Dennett a se stesso: «Although earlier theorists—e.g., Freud—spoke of *folk psychology* with a somewhat different meaning, I believe I was the first, in “Three Kinds of Intentional Psychology,” (1978), to propose its use as the name for what Hacker and Bennett call “ordinary psychological description.” They insist that this is not a *theory*, as do I». D. DENNETT, *Philosophy as Naïve Anthropology: Comment on Bennett and Hacker*, in M. BENNETT, D. DENNETT, P. HACKER, J. SEARLE, *Neuroscience and Philosophy*, cit., p. 74.

¹²⁹ «When we look at people as physical systems, we cannot see them as any more blameworthy or praiseworthy than bricks. But when we perceive people using our intuitive, folk psychology we cannot avoid attributing moral blame and praise». J. GREENE, J. COHEN, *For the Law, Neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1782.

¹³⁰ È appena il caso di segnalare che molti autori fanno confusione tra finalità della pena e giustificazione della stessa. È di tutta evidenza, infatti, che i nostri sistemi penali adottano versioni più o meno intense del retributivismo, non inteso come finalità – bisogna comminare una sanzione *per punire* – bensì come giustificazione – bisogna punire perché (e nei limiti in cui) si è commesso un reato. Così M. REICHLIN, *Responsabilità morale e persona*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, cit., p. 184.

priva di senso, in quanto non si tratterebbe più di ricompensare un individuo per le sue azioni, ma piuttosto di difendere la società da ciò che questi potrebbe – anzi dovrebbe, in senso necessitato – fare¹³¹.

Le conseguenze di questo approccio sono evidenti e consentono di ritenere forse non corrispondente alle aspettative il titolo del celebre contributo. Se il diritto si regge – ipotesi tutta da verificare – su concezioni di psicologia ingenua, e questa sarà confermata in senso deterministico e incompatibilistico dalle neuroscienze, con una auspicata transizione verso un sistema penale di tipo consequenzialistico, non sembra verosimile il permanere della responsabilità individuale, né della categoria dell'imputabilità, marcatore fallace di gradi di libertà in realtà inesistenti. La neuroscienza, allora, per il diritto cambierebbe tutto, come altre voci consonanti sostengono con vigore¹³². Tra questi va segnalata la perentorietà delle affermazioni di Cashmore:

Siamo forze meccaniche della natura che hanno fatto evolvere il fenomeno della coscienza, che ci dà l'illusione della responsabilità. (...) è tempo che il diritto faccia i conti con questa realtà (...). La realtà è che non solo non abbiamo più libertà di una mosca o di un batterio, in effetti non abbiamo più libertà di una zuccheriera¹³³

Molti degli argomenti utilizzati da chi sostiene che le neuroscienze produrranno un cambiamento epocale per il diritto (si è parlato anche di *neuroexceptionalism*) fanno leva proprio sulla opportunità del nostro sistema sanzionatorio.

¹³¹ «The law will continue to punish misdeeds, as it must for practical reasons, but the idea of distinguishing the truly, deeply guilty from those who are merely victims of neuronal circumstances will, we submit, seem pointless». J. GREENE, J. COHEN, *For the Law, Neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1781.

¹³² In questo senso anche Marta Farah: «tutto il nostro comportamento è determinato al 100% dal funzionamento del cervello, che è a sua volta determinato dall'interazione tra geni ed esperienza». M. FARAH, *Neuroethics: The Practical and the Philosophical*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 1, 2005, pp. 34-40.

¹³³ A.R. CASHMORE, *The Lucretian Swerve: The biological Basis of Human Behaviour and the Criminal Justice System*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 107, pp. 4499-4504.

Partendo da premesse omogenee rispetto a Green e Cohen, si arriva ad affermare che punire una persona non libera delle sue azioni sarebbe contrario alla dignità umana¹³⁴. Di talché, una volta accettato il determinismo da una prospettiva incompatibilista, non sarebbe in alcun caso giustificato punire qualcuno per le sue azioni. Ciò comporterebbe la necessità di una totale revisione del sistema penale che, tuttavia, si fatica – in quegli stessi contributi – ad immaginare privo della pena detentiva¹³⁵.

Estranea al dibattito americano è però la riflessione sulla finalità *rieducativa* della pena, che l'art. 27 della Costituzione Italiana fa assurgere a giustificazione primaria della stessa. Richiamare alcune pagine della nostra penalistica più accorta potrebbe allora aiutare a meglio collocare il controverso rapporto tra libero arbitrio e giustificazione della pena.

In questo senso sovviene quanto negli anni Sessanta, in un clima culturale lontano dal nostro, andava affermando Alessandro Baratta. Il problema di quale concezione della libertà umana dovesse rinvenirsi nel diritto risultava stretto tra due alternative: una «mera esplicazione analitica» del modo in cui il sistema positivo qualifica tale aspetto, e una «visione del mondo di natura metafisica o religiosa»¹³⁶. A queste Baratta contrapponeva una visione dialettica delle libertà, che può dispiegarsi compiutamente nell'ambito di una pedagogia criminale.

¹³⁴ L'obiezione paradossale di Dworkin è pertinente: «If no one ever has judgmental responsibility, then officials who treat accused criminals as responsible for their actions are not responsible for their own actions, and it is therefore wrong to accuse them of acting unfairly. Of course it would then also be wrong of me to accuse the criminologist of acting wrongly in accusing the officials of acting wrongly, because the criminologists are not responsible either». R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge-London 2011, p. 225, trad. it. a cura di V. Ottonelli, *Giustizia per ricci*, Feltrinelli, Milano 2013. Nel suo ultimo lavoro monografico Dworkin si è confrontato a più riprese con la teoria della responsabilità (suo tema almeno da *Sovereign Virtue*), proponendo una nozione pregiuridica di responsabilità che fonda ogni pratica di attribuzione della responsabilità. Questa «foundational ethical responsibility» consiste nel vivere bene («to live well»), nel senso di compiere decisioni appropriate rispetto alla propria vita. *Ivi*, p. 221.

¹³⁵ In effetti da costoro, oltre ad una critica *destruens* non è sino ad ora giunto nessun tentativo di superamento di misure a vario titolo detentive, cosicché l'unica conseguenza che segue alla denuncia di un sistema lesivo della dignità umana, sarebbe quella di mera neutralizzazione di chi delinque, cosa di certo non meno contraria alla 'dignità' invocata.

¹³⁶ A. BARATTA, *Per una concezione dialettica della libertà del volere*, cit., p. 92.

Se infatti, anche per ragioni sociali, l'azione umana non può dirsi completamente libera¹³⁷, il *quantum* di libertà di cui il sistema penale ha bisogno è funzionale alla capacità di orientare il proprio comportamento al futuro, «negando la necessità della condotta criminosa»¹³⁸.

La libertà del volere, allora, è da intendersi come conoscenza delle leggi «che determinano lo svolgimento della realtà esterna e interiore»¹³⁹ in funzione liberatrice, consentendo al colpevole di distaccarsi in futuro dal passato – pure necessitato – del crimine.

Del resto in alcuni commenti con il gusto del paradosso è proprio la dimensione temporale del futuro a scalfire la sicurezza della predeterminazione. Se fossimo già determinati, sapere – in un futuro più o meno lontano – quale sarà la decisione presa dal nostro cervello non potrebbe compromettere la decisione stessa, spingendoci a comportarci diversamente solo per 'sfidare' il nostro corpo?

E tuttavia conformemente ad una visione determinista di tipo incompatibilista, tutti gli sforzi rivolti al futuro sarebbero vani: nessuna rieducazione sarebbe possibile se non modificando la nostra stessa struttura biologica, possibilità aperta dalle tecniche di potenziamento umano (*human enhancement*) e di stimolazione transcranica (*deep brain stimulation*). Certo questa potrebbe essere una forma di esercizio della libertà, nel momento in cui si presterebbe il proprio consenso alla sottoposizione al trattamento. E tuttavia si potrebbe affermare che anche questo spazio di libertà sarebbe in realtà determinato dai nostri neuroni, in una catena di cause causate che troverebbe

¹³⁷ Ciò per ragioni estranee a forme di determinismo: «se ben riflettiamo dobbiamo concludere che *nel passato non c'è libertà*: ciò che è sancito dalla storia può essere inteso soltanto nella necessità di tutte le determinazioni che lo legano alla totalità di cui esso fa parte. Predicare di un'azione compiuta la possibilità di un altro modo d'essere significa uscir fuori da un atteggiamento razionalistico nei confronti della realtà data (...)». *Ivi*, p. 93.

¹³⁸ «Quando noi agiamo in funzione pedagogica sul delinquente perché egli si metta in grado di reinserirsi nella vita sociale, non facciamo altro che favorire quella operazione nella quale la sua libertà si realizza come negazione della necessità della condotta criminosa, come superamento delle condizioni che l'hanno determinata, e che continuerebbero a determinarla, se non venissero identificate e poste sotto il dominio della ragione». *Ivi*, p. 94.

¹³⁹ *Ivi*, p. 99.

l'unico limite nell'ipotesi del *Big Bang*. È proprio questo, infatti, la problematica affermazione di Green e Cohen, che contiene al suo interno un'aporia:

After thousands of years of our thinking of one another as uncaused causers, science comes along and tells us that there is no such thing—that all causes, with the possible exception of the Big Bang, are caused causes (determinism). This creates a problem¹⁴⁰.

La 'possibile eccezione del Big Bang' aprirebbe una falla¹⁴¹ troppo rilevante perché la *folk psychology* sia comunque disposta a rimettersi alla pretesa veritativa delle neuroscienze, rinunciando agli istituti con questa incompatibili.

Contrariamente a quanto autorevolmente affermato¹⁴², non pare potersi ritenere il determinismo suscettibile di essere predicato in termini di verità o falsità. Alla affermazione della verità o falsità del determinismo (valga anche per l'indeterminismo) pare opportuno sostituire un approccio epistemologicamente più modesto, che provi a spostare il punto focale della questione dal 'punto alla linea'¹⁴³, dove per linea si intende l'iter di sedimentazione di un'idea – il determinismo, opposto al libero arbitrio – che ciclicamente ritorna nella storia dell'uomo. La storia del determinismo, cioè, prima ancora della sfida neuroscientifica, potrebbe essere letta come storia di una certa modernità razionalista, che – accogliendo le suggestioni di Heidegger – ha attuato una

¹⁴⁰ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1782.

¹⁴¹ Come è stato di recente sostenuto da Matthias Mahlmann nel corso di un seminario di studi ospitato dalla fondazione Brocher e organizzato dallo *Swiss Network of Neuroscience Ethics and Law*: M. MAHLMANN, *Freedom as Mysticism?*, "Neuroscience, Ethics and Law: New Challenges for Human Identity, Freedom and Responsibility", 6-7 novembre 2013, Hermance, Svizzera.

¹⁴² «Con il termine determinismo ci si riferisce a una tesi concernente il mondo (e non allo stato del mondo che tale tesi postula). Secondo la tesi determinista ogni evento è determinato dal verificarsi di condizioni sufficienti per il suo accadere. Siccome il determinismo è una tesi, si può affermare che è vero oppure che è falso (...)». M. DE CARO, *Libero arbitrio. Una introduzione*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 11.

¹⁴³ L'espressione è mutuata da Paolo Grossi. P. GROSSI, *Il punto e la linea* in *L'insegnamento del diritto oggi*, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Genova – Genova 4-6 maggio 1995, a cura di G. Rebuffa e G. Visintiti, Milano, Giuffrè 1996, oggi in ID., *Società diritto stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 4 e ss.

sistematica obliterazione dell'Essere a vantaggio dell'ente calcolabile¹⁴⁴, dando corpo a un progetto di autoproduzione dell'uomo che finisce con il rendere l'uomo stesso oggetto del suo proprio calcolare.

Questa tentazione autofondazionista è particolarmente evidente nel materialismo del secolo dei Lumi¹⁴⁵, in forte assonanza con il neuroriduzionismo:

La natura-soggetto, infatti, la cui ombra si allunga sull'intera teoria materialistica delle passioni, fino a svuotare di senso l'idea di colpevolezza, diviene natura-oggetto al cospetto di un'umanità illuminata che, con propensione gnostica, vuol farsi autrice di un nuovo ordine sociale e politico sul presupposto della conoscenza e della utilizzabilità dei segreti della macchina umana¹⁴⁶

Contro la tentazione di considerare 'vera' la teoria determinista, ci mette in guardia Cassirer nella sua *Filosofia dell'illuminismo*: «il materialismo, nella forma in cui si presenta nel secolo XVIII, in cui è motivato e difeso, non è un semplice dogma fisico o metafisico: è invece un imperativo. Esso non vuole solo porre e convalidare una tesi circa la natura delle cose; ma ordina e vieta»¹⁴⁷. Un monito che oggi sembra perfettamente trasponibile al discorso del determinismo 'forte' in chiave neuroscientifica.

Le proposte di riforma del sistema penale in chiave consequenzialistica oggi, quelle di abbandono della fede irrazionale ieri, esprimono allora una

¹⁴⁴ «Con la riduzione dell'essere a mera oggettività comincia il più radicale sottrarsi dell'essere, in quanto la provenienza essenziale dell'essere non è nemmeno presa in considerazione come questione e come qualcosa che è degno di essere domandato». M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione* (1957), Adelphi, Milano 2004, p. 151. La prima lezione contenuta ne *Il principio di ragione*, che enuncia la tesi del fondamento, è utilizzata come «porta» sulla effettività del reale e dunque del diritto, fuori da aspirazioni di attingibilità dell'essere, in: A. BALLARINI, *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013. Per una tematizzazione della giustizia nel pensiero di Heidegger si veda B. ROMANO, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 14 e ss. e 79 e ss.

¹⁴⁵ L'analogia è stata messa in evidenza da A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino 2003.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 185.

¹⁴⁷ E. CASSIRER, *La filosofia dell'illuminismo*, La nuova Italia, Firenze 1973, p. 105.

speranza infondata, giacché non giustificata dagli stessi assunti teorici che si fanno valere. Ancora Cassirer:

La dottrina dell'assoluta necessità degli avvenimenti naturali si avviluppa nella rete delle sue proprie argomentazioni. A qual diritto si può discorrere ancora di «norme» sul terreno di questa dottrina? Con quale fondamento essa può esigere e valutare? Non considera essa ogni obbligo come una semplice chimera e non lo trasforma in una semplice necessità? E che altro ci rimane se non abbandonarci a questa necessità?¹⁴⁸

5. Se le neuroscienze non cambiano niente: le 'ragioni' del compatibilismo

A fronte di una lettura del mondo di tipo determinista, i possibili approcci teorici, come si diceva, sono due: ritenere che nessuna pratica di attribuzione della responsabilità risulti fondata, giacché *incompatibile* con l'opzione determinista, oppure ritenere la libertà di cui la responsabilità ha bisogno *compatibile* con assunti deterministi.

In questo secondo polo dell'alternativa si collocano le riflessioni, già richiamate, di Stephen Morse. *'New neuroscience, old problems'* è il titolo del contributo in dialogo con Green e Cohen, che sostiene con forza argomentativa una posizione compatibilista, in contrapposizione all'incompatibilismo di quelli che definisce 'neuroarroganti'¹⁴⁹.

Per Morse, le neuroscienze non cambieranno il nostro sistema penale per il semplice fatto che alcune persone commettono reati e altre no. A fronte di questo 'principio di realtà' declinato in chiave penalistica, la società non può che

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 108.

¹⁴⁹ S.J. MORSE, *New neuroscience, old problems*, in B. GARLAND, *Neuroscience and the law: brain, mind, and the scales of justice*, Dana Press, New York 2004. Altrove Morse: «Given how little we know about the brain–mind–action connections, to claim based on neuroscience that we should radically change our picture of ourselves and our legal doctrines and practices is a form of neuroarrogance». S. MORSE, *Common Criminal Law* Compatibilism, in N. VINCENT (a cura di), *Neuroscience and legal responsibility*, Oxford University Press, 2013, p. 46-47.

sanzionare tali comportamenti, tanto più che il senso comune (*folk psychology*) considera l'uomo come in grado di determinarsi liberamente.

La posizione di Morse, meglio articolata in altri suoi scritti successivi, appare in parte condivisibile nella conclusione che propone, ma non anche nelle premesse, in cui è dichiarata l'aderenza al credo determinista: «*human beings, as complex as they are, are still part of the physical universe and subject to the same laws that govern all phenomena*»¹⁵⁰.

Una volta così schieratosi, Morse prova a mostrare perché l'unica strategia interpretativa per preservare i sistemi giuridici sia il compatibilismo¹⁵¹. Ciò che il diritto richiede perché un soggetto sia ritenuto responsabile non è la sussistenza del libero arbitrio, quanto piuttosto la libertà del volere, che da esso si differenzia¹⁵², e che ben può essere compatibile con la tesi deterministica. L'argomento usato da Morse ha, in realtà, radici antiche, che affondano nella tradizione compatibilista inglese¹⁵³, da Hobbes¹⁵⁴ a Locke¹⁵⁵.

Questa prima argomentazione non sembra convincente, prestandosi ad un'obiezione interna alle premesse scientiste. Se si accetta la 'verità' del determinismo, allora anche la volontà andrebbe ricostruita con il linguaggio della

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 29.

¹⁵¹ «If determinism or something quite like it is true, as I assume it is, then only compatibilism provides a secure basis for criminal responsibility». *Ivi*, p. 28.

¹⁵² «I believe that most confuse libertarian free will with freedom of action, the ability to do what one wants». *Ivi*, p. 39.

¹⁵³ In uno dei manifesti programmatici del nuovo compatibilismo, "Freedom to Act", Davidson individua i padri fondatori di questo approccio, i cui argomenti sono ancora oggi invocati dai compatibilisti: «credono di poter vedere o addirittura provare, che la libertà sia incompatibile con l'assunzione che le azioni siano determinate causalmente, perlomeno nel caso in cui le cause possano venire ricondotte a eventi esterni all'agente. Non affronterò direttamente queste argomentazioni, perché non ne conosco nessuna che risulti plausibile al di là della superficie. Hobbes, Locke, Moore, Schlick, Ayer, Stevenson e una quantità di altri filosofi hanno fatto quanto si poteva fare, o quanto avrebbe potuto essere richiesto, per rimuovere le confusioni che possono alimentare la parvenza che il determinismo impedisca la libertà». D. DAVIDSON, *Libertà di agire*, in *Azioni ed eventi*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 113.

¹⁵⁴ «Un uomo libero è colui che, nelle cose che è capace di fare con la propria forza e il proprio ingegno, non è impedito di fare ciò che ha la volontà di fare (...). Infine dall'uso delle parole libero arbitrio non si può inferire alcuna libertà della volontà, del desiderio o dell'inclinazione, ma la libertà dell'uomo, la quale consiste nel non incontrare arresti nel fare ciò che ha la volontà, il desiderio o l'inclinazione di fare». T. HOBBS, *Il Leviatano o la materia, la forma, e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), Laterza, Roma-Bari 2005, pp. 175-176.

¹⁵⁵ «Vogliamo intendere soltanto un potere di agire o di non agire, secondo le determinazioni della volontà; ossia che, se preferiamo restar fermi, possiamo; se preferiamo muoverci, egualmente possiamo». D. HUME, *Ricerca sull'intelletto umano* (1748), trad. it. a cura di M. Dal Pra, Laterza, Roma-Bari, 2012.

scienza, la quale ci avverte – come si diceva – della sua illusorietà. Nella prospettiva offerta da Wegner, infatti, la volontà non sarebbe altro che un marcatore somatico, conformemente alla tesi sostenuta da Damasio: «la volontà serve ad accentuare l'azione e ad ancorarla nel corpo. Ciò rende l'azione molto più intensamente nostra di quanto possa essere un pensiero»¹⁵⁶.

In altri termini, se si mantiene il discorso sul piano naturalistico-descrittivo, distinguendo la natura della libertà del volere (o di azione) da quella del libero arbitrio, non si può non accettare la conclusione – drammatica eppur conseguente – della dissoluzione del concetto di responsabilità¹⁵⁷. Del resto, già Kant, criticando il compatibilismo leibniziano, paragonava la libertà confezionata *ad hoc* da queste teorie a quella di un girarrosto «dato che anch'esso, una volta caricato, fa da sé i propri movimenti»¹⁵⁸.

Maggiormente condivisibile, invece, appare un'altra strategia argomentativa, messa in campo dallo stesso Morse, che inverte proficuamente i termini del problema. In luogo di una analisi descrittiva – che cela inevitabili pretese normative¹⁵⁹ – di concetti giuridici alla luce di risultanze scientifiche mutevoli, si tratterebbe di valorizzare il significato più propriamente giuridico della responsabilità, che per Morse è da rinvenirsi nella razionalità pratica. Ciò che giustifica l'ascrizione di responsabilità, per Morse, è cioè il fatto che essa possa essere attribuita solo agli uomini capaci di rendere ragioni delle proprie azioni, da intendersi ciò in via potenziale. Non solo delle azioni di cui effettivamente si rende ragione, azioni ragionevoli, si è tenuti a rispondere, ma si risponde nella misura in cui si è dotati di razionalità pratica, di capacità di agire secondo regole. Morse non sembra accedere a una teoria sostantiva della

¹⁵⁶ R. WEGNER, *L'illusione della volontà cosciente*, cit., p. 46. E ancora: «Si potrebbe pensare che l'esperienza di volere consapevolmente un'azione e la causazione dell'azione da parte della mente cosciente siano la stessa cosa. Tuttavia, risulta che siano completamente distinte e che la tendenza a confonderle sia all'origine dell'illusione della volontà cosciente». *Ivi*, p.22.

¹⁵⁷ Così anche De Caro: «in tale scenario (che è poi quello tipico del determinismo), un agente può volere soltanto ciò che vuole, perché la sua volontà è interamente determinata da fattori (...) che sono al di fuori del suo controllo». M. DE CARO, *Libero arbitrio*, cit., p. 63.

¹⁵⁸ I. KANT, *Critica della ragion pratica* (1788), Laterza, Roma-Bari 1974, p. 119.

¹⁵⁹ Accogliendo, così, le suggestioni di Heidegger, per il quale ogni teoria è «un operare straordinariamente attivo sul reale». M. HEIDEGGER, *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano 2007, p. 35.

razionalità, definendola un concetto normativo¹⁶⁰, che nella sua intersezione con il diritto ben può assumere connotazioni più o meno restrittive, ad esempio includendo le emozioni come veicoli di razionalità¹⁶¹.

Forse in via preterintenzionale, allora, il compatibilismo di Morse tradisce le premesse così fiduciosamente deterministiche da cui era partito: «*Normativity depends on reason, and thus the radical view is normatively inert. Neurons and neural networks do not have reasons; they do not have a sense of past, present, and future; and they have no aspirations. Only people do*»¹⁶². Il nesso istituito tra azione, normatività e ragioni, infatti, è proprio uno dei modi in cui l'indeterminismo radicale¹⁶³ ha postulato l'esistenza del libero arbitrio.

Un ulteriore aspetto messo in luce da Morse merita di essere segnalato per gli esiti contraddittori cui condurrebbe. Anche per Morse, come per Green e Cohen, il diritto necessita di una qualche aderenza alla *folk psychology*¹⁶⁴, che per espressa ammissione di Morse considera gli individui coscienti e capaci di azioni libere¹⁶⁵ in quanto dotati di razionalità pratica. Ora, se il senso comune riuscisse ad essere totalmente ipotecato dalle teorie neuroscientifiche, anche la nozione di

¹⁶⁰ «What the law requires is the ordinary person's common-sense view of rationality, not the technical notion that might be acceptable within the disciplines of economics, philosophy, psychology, computer science, and the like». S. MORSE, *Responsibility and mental capacity*, cit., p. 32. Sul punto si veda *infra*.

¹⁶¹ «Irrational desires do not deprive the agent of normative competence unless they somehow disable the rational capacities just addressed or produce an internal hard-choice situation distinguishable from the choices experienced by people with equally strong, rational desires. Although the law does not furnish an excusing condition to psychopaths, people who lack a conscience and the capacity for empathy, I believe that they are morally irrational and should be excused». S. MORSE, *Rationality and responsibility*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, p. 264.

¹⁶² S. MORSE, *Common Criminal Law Compatibilism*, cit., p. 46.

¹⁶³ M. DE CARO, *Libero arbitrio*, cit., p. 39.

¹⁶⁴ Nozione che pare richiamare quella durkheimiana di 'coscienza collettiva', intesa come «l'insieme delle credenze e dei sentimenti comuni alla media dei membri della stessa società». É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Torino 1999, p. 101. Tuttavia tale sintagma non è utilizzato tanto per rendere conto della penalità, come in Durkheim, quanto piuttosto come generica valvola di mantenimento dell'effettività del sistema.

¹⁶⁵ «Brief reflection should indicate that the law's psychology must be a folk psychological theory, a view of the person as a conscious (and potentially self-conscious) creature who forms and acts on intentions that are the product of the person's other mental states, such as desires, beliefs, and plans. We are practical reasoners, the sort of creatures that can act for and respond to reasons». S. MORSE, *Responsibility and mental capacity*, cit., p. 31.

responsabilità incardinata sulla razionalità pratica verrebbe meno, giungendo ad esiti omogenei rispetto al determinismo *hard*¹⁶⁶.

Diversamente se si considerasse il senso comune come la stessa razionalità pratica di cui pure fa menzione Morse, cioè una forma di sapere ‘pratico’ cui afferisce il sapere giuridico, disposto a dialogare con il sapere scientifico nella consapevolezza della diversità dei piani di discorso implicati e della diversità dei fini perseguiti.

Il compatibilismo, ad ogni modo, dopo le apodittiche affermazioni di Van Inwagen¹⁶⁷, che lo dava ormai per esaurito, sta vivendo una nuova stagione di consensi, soprattutto all’interno della scienza giuridica americana, che in esso ha trovato argomenti ancora utilizzabili per far fronte alla sfida – dagli esiti distruttivi per il diritto – lanciata dall’incompatibilismo determinista dei ‘neuroarroganti’.

6. Le ragioni della libertà

Come anticipato, alcuni commentatori ritengono che i nostri sistemi penali sottendano una visione libertaria di tipo indeterminista¹⁶⁸:

I modelli che implicitamente reggono i sistemi penali moderni sono sostanzialmente (si perdoni la forzata approssimazione) modelli dualistici, indeterministici e che si richiamano alla cosiddetta *agent causation*,

¹⁶⁶ Di questo, del resto, lo stesso Morse è consapevole. S. MORSE, *Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience*, in *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 9, 2008, pp. 1-36.

¹⁶⁷ «If determinism is true, then our acts are the consequences of the laws of nature and events in the remote past. But it is not up to us what went on before we were born, and neither is it up to us what the laws of nature are. Therefore the consequences of these things (including our present acts) are not up to us». P. VAN INWAGEN, *An Essay on Free Will*, cit., p. 56. E ancora: «If (i) no one is morally responsible for having failed to perform any act, and (ii) no one is morally responsible for any event, and (iii) no one is morally responsible for any state of affairs, then there is no such thing as moral responsibility», *ivi*, p. 181.

¹⁶⁸ Stephen Morse, invece, ritiene che il senso comune sia compatibilista, o meglio agnostico rispetto al problema. S. MORSE, *Common Criminal Law Compatibilism*, cit., pp. 27 e ss.

ovvero l'attribuzione all'agente consapevole dell'origine causale dell'azione. Modelli che, sul piano scientifico e filosofico, vengono considerati primitivi e scarsamente giustificabili alla luce delle recenti acquisizioni sperimentali¹⁶⁹

Secondo questa teoria, l'unica forma di libertà possibile è quella che si dà all'interno di un universo indeterministico. Solo l'indeterminismo, infatti, consentirebbe di mantenere aperta l'imprevedibilità del decorso causale, preservando la libertà umana e la responsabilità. Questa teoria è articolata al suo interno in una serie di varianti, di cui la *agent causation* richiamata, e considerata «primitiva e scarsamente giustificabile» è un esempio.

E tuttavia, la prima obiezione cui la *agent causation theory* deve dar conto, è l'impossibilità di rispondere di azioni che non si sia in grado di controllare. Se ogni decorso causale è indeterminato, allora nemmeno l'agente sarà in grado di prevedere gli effetti delle sue azioni, e dunque non potrà essere considerato responsabile. Questa critica consente anche di fare chiarezza sulla distinzione concettuale che sin qui si è rappresentata: la *summa divisio* compatibilisti/incompatibilisti, con la ulteriore suddivisione in deterministi duri e libertari, ha spesso il difetto di identificare quali termini del giudizio di 'compatibilità' libertà e responsabilità *versus* determinismo, laddove la libertà è data come presupposto non verificato della responsabilità. Un'operazione inversa è invece quella condotta da Chisholm, uno dei più noti rappresentanti della teoria della *agent causation*, che parte dal riconoscimento della responsabilità come tratto distintivo degli esseri umani¹⁷⁰, per provare a rimediare agli esiti cui un approccio libertario indeterminista conduce.

¹⁶⁹ SARTORI G., LAVAZZA A., SAMMICHELI L., *Cervello, diritto e giustizia*, in *Neuroetica*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 135.

¹⁷⁰ R.M. CHISHOLM, *Human Freedom and the Self. The Langley Lecture*, University of Kansas, 1964, ora in J. FEINBERG, R. SHAFER-LANDAU, *Reason and Responsibility: Reading in Some Basic Problems of Philosophy*, Wadsworth, New York 2002, pp. 492-499.

La genesi storica di tale approccio è, come è noto, Aristotele¹⁷¹, il quale ha variamente influenzato i moderni sostenitori dell'*agent causation*, tra tutti Chisholm. Riconoscere la ricchezza del concetto di causa può infatti condurre ad una proficua valorizzazione del ruolo dell'agente come di causa non causata. L'uomo, cioè, è in grado di dar vita ad una nuova catena causale, che, proprio perché soggetta alle leggi della natura, è da lui controllabile diventando oggetto della sua responsabilità. A chi obietta che in realtà sarebbe il cervello a causare il comportamento dell'uomo, Chisholm risponde in questi termini:

It is true that the agent does not do anything with his brain or to his brain – he may not even know that he has a brain, in the sense in which he does something with his hand and does something to the staff. But from this it does not follow that the agent was not the immanent cause of something that happen within his brain¹⁷².

Per giustificare questi speciali poteri causali che ineriscono all'uomo – conferendo senso all'idea di responsabilità – Chisholm inverte l'argomento usato dai deterministi hard.

Se per costoro è il concetto di causalità naturale a doversi attagliare alla causalità umana, per Chisholm è esattamente il contrario. Una volta accettata la teoria della causalità di Hume, per il quale essa non sarebbe altro che una nozione inferita dall'osservazione della regolarità di fenomeni, è necessario interrogarsi sul perché di tale inferenza. Il motivo, per Chisholm, risiede nella nozione innata di causalità umana. In altri termini il concetto di causa sarebbe

¹⁷¹ Così, infatti, Aristotele nella *Fisica*: «come il bastone muove la pietra ed è mosso dalla mano, la quale è mossa dall'uomo e questi esercita il moto non perché sia mosso da altro». Aristotele, *Fisica*, 256a, 6-8. L'edizione di riferimento è quella Laterza (I edizione 1973), in traduzione di Antonio Russo, ora in ARISTOTELE, *Opere*, vol. I, Mondadori, Milano 2008 (il passo riportato è a p. 266). Nel Novecento altra significativa ripresa del pensiero dello stagirita, anche con riferimento alla varietà semantica della nozione di causa, è quella di Heidegger. Franco Volpi ha ben rilevato la pervasività di motivi aristotelici nel pensiero di Heidegger, in F. VOLPI, *Heidegger e Aristotele*, Laterza, Roma-Bari 2010.

¹⁷² R.M. CHISHOLM, *Human Freedom and the Self*, cit., p. 8.

una proiezione sul mondo della natura di un'idea di agentività causale che riposa sulla nostra consapevolezza di poter fare accadere eventi¹⁷³.

Questo approccio ha il merito di palesare la stretta relazione che, soprattutto il diritto, istituisce tra causalità e responsabilità, e che sarà oggetto della seconda parte di questo lavoro.

E tuttavia non è di certo l'unica strategia da opporre al determinismo nella sua variante incompatibilista.

Quello che infatti appare evidente da quanto sino ad ora rappresentato è una completa impermeabilità del dibattito anglo-americano sul tema alle ricche riflessioni 'continentali'. Un percorso che si ritiene utile sarà allora interrogare un autore particolarmente sensibile ai temi della filosofia analitica, e tuttavia ben saldo nella sua diversa formazione culturale. Paul Ricoeur ha, infatti, lungamente dialogato da una parte con la tradizione analitica della filosofia dell'azione¹⁷⁴, dall'altra con le stesse neuroscienze, contribuendo a delineare una via alternativa sia rispetto all'atteggiamento di abbandono fideistico alla scienza, sia a quello di chiusura degli argini. Ancora, l'ultima parte del suo percorso speculativo si è articolata intorno a temi più propriamente giuridico-filosofici, segnatamente la responsabilità giuridica, che lo rendono per questo un interlocutore privilegiato.

Dal dialogo con il neurobiologo Changeux, "*La nature et la règle*", Ricoeur oppone al discorso oggettivante della scienza, anche qualora non riduzionista come nel caso di Changeux¹⁷⁵, una prospettiva fenomenologica, laddove per fenomenologia Ricoeur intende una filosofia «riflessiva, descrittiva,

¹⁷³ Carnap sottolinea come questo atteggiamento residui nelle metafore che utilizziamo per parlare della causalità. R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica. Introduzione alla filosofia della scienza*, Il Saggiatore, Milano 1971, p. 236.

¹⁷⁴ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris 1990, trad. it. a cura di D. Iannotta, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano 1993.

¹⁷⁵ Almeno è questo il giudizio di Ricoeur, nel quale lo stesso Changeux si riconosce. J.P. CHANGEUX, P. RICOEUR, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris 1998, trad. it. a cura di M. Basile, *La natura e la regola*, Raffaello Cortina, Milano 1999, p. 19.

interpretativa» che si giovi dei diversi apporti della filosofia riflessiva, fenomenologica e ermeneutica¹⁷⁶.

L'opposizione al discorso delle neuroscienze è così attuata presentando come alternativo al discorso sul corpo-oggetto quello sul corpo-proprio, sul corpo vissuto, da una prospettiva omogenea rispetto alla riflessione fenomenologica 'classica'¹⁷⁷. L'irriducibilità dei due discorsi è affermata in via programmatica:

La mia tesi iniziale è che i discorsi tenuti da entrambe le parti dipendono da due prospettive eterogenee, cioè non riducibili l'una all'altra e non derivabili l'una dall'altra. In un discorso si parla di neuroni, di connessioni neuronali, di sistema neuronale; nell'altro si parla di conoscenza, di azione, di sentimento, ovvero di atti e di stati caratterizzati da intenzioni, motivazioni, valori¹⁷⁸

La domanda maggiormente ricorrente nel dialogo con Changeux è in che modo le nuove scoperte neuroscientifiche modifichino la percezione che abbiamo del nostro corpo, e dunque delle nostre azioni. Percezione che, ben lungi dall'identificarsi con la psicologia ingenua di cui si fa menzione nel dibattito americano, attiene a qualcosa di profondamente radicato in ognuno di noi, eppure non solo biologicamente fondato, al modo, cioè, in cui ci percepiamo come autori delle nostre azioni rispondendo delle conseguenze.

Per me l'uomo capace è l'uomo capace di parlare, di agire, di raccontarsi, di sottomettersi a regole, ecc. Il possesso di capacità è sicuramente radicato nel profondo del biologico, ma il passaggio all'effettività morale presuppone il linguaggio, l'obbligo morale, le istituzioni, tutto un mondo normativo, giuridico, politico, ecc.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 230. Della sua formazione filosofica Ricoeur ha scritto ampiamente in P. RICOEUR, *Riflession fatta. Autobiografia intellettuale*, Jaca Book, Milano 1998, pp. 21 e ss.

¹⁷⁷ E. HUSSERL, *Meditazioni Cartesiane*, Bompiani, Milano 1960, pp. 107 e ss.

¹⁷⁸ J.P. CHANGEUX, P. RICOEUR, *La natura e la regola*, cit., p. 14.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 30.

È proprio sul piano della normatività, e quindi del diritto, che l'insufficienza e la separatezza del piano descrittivo della scienza rispetto alla 'regola' si palesano con forza. I tentativi di radicare la normatività nel biologico si scontrano con il problema del male, imponendo di tenere separati i due livelli di discorso:

Ciò che chiamo *etica* più che *morale*, con le sue leggi e i suoi divieti, è per me molto radicato nella vita, anche se non posso evitare il momento del passaggio alla norma. Perché questo passaggio obbligato? Ebbene, perché la vita nella sua evoluzione ci ha in qualche modo piantato in asso; voglio dire che l'organizzazione biologica mi conduce, forse, a certe disposizioni all'associazione, alla benevolenza, ma c'è la violenza, c'è la guerra, e allora bisogna scontrarsi con il divieto, quello dell'omicidio, dell'incesto, cosicché ci troviamo in un rapporto di continuità-discontinuità¹⁸⁰.

Il discorso giuridico, delle istituzioni, si dà solo a partire dalla presa di distanza – che non vuol dire di certo sordità – rispetto al discorso scientifico.

Così, in particolar modo, per la responsabilità giuridica. È certo che affermare nel dibattito analitico che una delle ulteriori condizioni del libero arbitrio sia la responsabilità¹⁸¹ faccia sembrare ciò paradossale. E tuttavia è proprio da questa capacità di rispondere, che può e deve partire ogni discorso sulla responsabilità giuridica che voglia uscire dalle secche del *free will approach*.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 21.

¹⁸¹ La proposta avanzata da Pettit non sembra condivisibile per De Caro, per il quale «questa proposta inverte l'ordine dei fattori: una corretta attribuzione di responsabilità è *conseguenza* (non condizione) del fatto che una determinata azione sia libera – ed è libera se ottempera alle due condizioni citate nel testo» (che cioè vi sia la possibilità di fare altrimenti e la capacità di autodeterminarsi. M. DE CARO, *Libero arbitrio*, cit., pp. 10-11 nt. 19).

Per fare questo, sarà opportuno operare una chiarificazione nella distinzione tra responsabilità morale e responsabilità giuridica, spesso accomunate nel dibattito americano in un'indistinzione che di certo non aiuta a comprendere le eventuali trasformazioni di cui è investita la responsabilità (non solo a cagione delle neuroscienze). Prima ancora, sarà il tema della causalità a permettere di avanzare su questa indagine.

CAPITOLO II

Sommario: 1. La giurisprudenza italiana di fronte alla causalità 2. La scienza davanti al diritto Intermezzo: oltre la definizione legislativa di stato vegetativo permanente 2.1 Il caso Stamina 2.2 Dallo standard Frye a Daubert 2.3 Il pendolo della giurisprudenza italiana 3. Conclusioni provvisorie 4. Una teoria giusfilosofica della causalità: Hart e Honoré 5. Aitia: una genealogia della causalità.

1. La giurisprudenza italiana di fronte alla causalità

Il settore della causalità medica si è rivelato negli ultimi anni un interessante banco di prova sul quale le diverse teorie della causalità si sono affrontate.

Il sapere medico, anche fuori dalla fluidità di confini di quello psichiatrico, è stato oggetto di una incalzante domanda di consolidamento delle proprie ‘leggi’, invocate per attuare un difficile bilanciamento tra il diritto alla vita del paziente e il limite della esigibilità della prestazione medica, i cui confini sono segnati dalla padronanza di sapere e tecniche ritenute dagli standard vigenti nella disponibilità del medico.

Non è un caso che il *leading case* in tema di causalità penale, la sentenza Franzese (Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328¹⁸²), abbia ad oggetto proprio l'accertamento della responsabilità penale di un medico che, mancando

¹⁸² La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2, 2002, pp. 602 e ss.

di rilevare la gravità della situazione del paziente – rilevazione possibile secondo gli standard del sapere medico – ne ha cagionato la morte¹⁸³.

La questione di diritto sulla quale le Sezioni Unite Penali sono state chiamate a pronunciarsi è consistita nella scelta tra diversi modelli di valutazione delle leggi scientifiche di riferimento nell'accertamento del nesso. Segnatamente, al momento della decisione due erano gli indirizzi giurisprudenziali esistenti: al primo, in ordine temporale, ascrivibile alla cosiddetta teoria dell'aumento del rischio che riteneva «sufficienti 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%»¹⁸⁴, si era avvicinato un orientamento rispondente alle preoccupazioni, di segno garantista, di Federico Stella¹⁸⁵. Tale ultima posizione, che invero Stella andava già sostenendo dalla metà degli anni '70, richiedeva, affinché si fosse potuta affermare la sussistenza del nesso di causalità, «la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità 'prossimo alla certezza', e cioè in una percentuale di casi 'quasi prossima a cento'»¹⁸⁶. Sottesi ai due orientamenti giurisprudenziali – e prima ancora dottrinali – vi erano differenti opzioni ideologiche: la teoria dell'aumento del rischio, affermata a partire dagli anni '80, considerava l'affievolimento della prova della causalità come un effetto necessario in un impianto repressivo

¹⁸³ «Il giudice di primo grado, all'esito di un'attenta ricostruzione della storia clinica del C., riteneva fondata l'ipotesi accusatoria, secondo cui l'imputato non aveva compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici, che avevano evidenziato una marcata neutropenia ed un grave stato di immunodeficienza, e di curare l'allarmante granulocitopenia con terapie mirate alla copertura degli anaerobi a livello intestinale, autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente giudicato 'in via di guarigione chirurgica'. Diagnosi e cura che, se doverosamente realizzate, sarebbero invece state, secondo i consulenti medico-legali e gli autorevoli pareri della letteratura scientifica in materia, idonee ad evitare la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale 'con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale'». *Ivi*, p. 602.

¹⁸⁴ Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, par. 1, terzo capov. del *Considerato in diritto*. La teoria dell'aumento del rischio ha condotto all'elaborazione dottrinale (di derivazione tedesca) dell'istituto dell'imputazione oggettiva dell'evento, su cui si rimanda alla voce enciclopedica: M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, pp. 635-712.

¹⁸⁵ Del quale fondamentale a tutt'oggi resta F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano 2001, ult. ed. 2003.

¹⁸⁶ Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, par. 1, terzo capov. del *Considerato in diritto*.

disposto ad inasprirsi «quando è in giuoco la vita umana»¹⁸⁷. Diversamente, l'impianto neo-illuminista di Federico Stella, recepito dalla giurisprudenza immediatamente antecedente alla sentenza Franzese, esibiva una chiara opzione garantista, richiedendo che l'accertamento del nesso si facesse il più possibile stringente (coefficiente di probabilità prossimo alla certezza), al fine di eliminare ogni incertezza relativa all'eventuale contributo causale del comportamento omissivo ma dovuto, nonché alla legge scientifica di copertura¹⁸⁸.

Rispetto a questi due indirizzi interpretativi, la sentenza Franzese si pone ad una equidistanza che segna l'approdo alla cd. processualizzazione delle categorie sostanziali. Disancoratosi da un'opzione interpretativa che aveva virtualizzato eccessivamente il nesso di causalità, il diritto penale ha attraversato anche nel nesso di causalità le altalenanti vicende dell'imputabilità, quanto a rapporto controverso tra sapere scientifico – medico in questo caso – e sapere giuridico. Si è passati così da una sorta di irrilevanza, motivata – come si è visto – ideologicamente, del livello di certezza nell'accertamento del nesso, ad una più esigente necessità di verifica e della legge scientifica di copertura, e della rilevanza in concreto nel caso singolare. Oltre, a mo' di temporanea stabilizzazione¹⁸⁹, si colloca la prospettiva critica dischiusa dalla Franzese, non a caso definita sentenza 'storica'¹⁹⁰, per aver esplicitato alcuni dei presupposti epistemologici della questione.

Diversi sono in realtà i punti su cui le Sezioni Unite hanno ritenuto di doversi intrattenere, ribadendo in apertura la perdurante operatività della teoria

¹⁸⁷ Cass., Sez. IV Pen, 7 gennaio 1983, n. 158947, Melis, in *Foro it.*, 1986, II, pp. 351 e ss., con nota di Renda, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*.

¹⁸⁸ In questo senso si veda Cass. 28 settembre 2000, Baltrocchi, in *Foro it.*, 2001, II, pp. 420 e ss.

¹⁸⁹ Il lessico è mutuato da R. ALEX, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 182 e ss.

¹⁹⁰ Si anticipa sin da ora che il monito delle sezioni unite non è stato sufficientemente recepito dalla IV sezione della Cassazione, trovando solo in alcuna giurisprudenza di merito parziale accoglimento. Così F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 383, dove perentoriamente afferma: «il messaggio che, ancora ai nostri giorni, la IV sezione della Corte suprema trasmette ai giudici di merito è che essi debbono “saltare nel cespuglio dei rovi”, affinché i loro occhi, squarciato il velo della visione corretta, si aprano alla “realtà” dell'indeterminatezza, della confusione e della noncuranza per i grandi principi costituzionali». *Ibidem*.

condizionalistica, seppur mitigata dalla causalità umana. L'impianto tracciato dagli articoli 40 e 41 del codice penale, così come interpretato da dottrina e giurisprudenza, impone la doppia verifica dell'eliminazione mentale, in base alla quale la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se eliminandola mentalmente l'evento non si sarebbe verificato, e viceversa non è causa dell'evento se eliminando mentalmente la condotta l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

La teoria condizionalistica, tuttavia, nulla dice del necessario parametro esterno che garantisce la conoscibilità e dunque la prevedibilità del decorso causale. Tant'è che di problematico utilizzo essa appare nei casi in cui non era nella disponibilità del sapere del tempo una certa correlazione causale, pure rilevante nel caso concreto¹⁹¹. Esemplificativi di ciò i processi di talidomide, farmaco somministrato massivamente alle donne in gravidanza durante gli anni '60, ritenuto causa – *ex post* – di gravi malformazioni sui neonati. Del pari, il caso del sangue infetto da virus dell'HIV in Francia, che fece affermare pubblicamente all'allora ministro degli affari sociali Georgina Dufoix di essere «*responsable mais pas coupable*»¹⁹². Il caso terminò con l'assoluzione di tutti gli imputati, proprio perché all'epoca le conoscenze scientifiche sul virus dell'HIV non erano tali da imporre quelle cautele necessarie ad impedire la contaminazione nel corso di trasfusioni.

Il primo problema ad essere invocato è allora quello dello statuto epistemologico delle leggi di copertura, di cui si richiede una previa conoscenza ai fini dell'accertamento del decorso causale. La Corte mostra una certa

¹⁹¹ Ad accorgersi di questa aporia fu nel 1931 Engisch in *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, come ricordato da Manfred Maiwald in M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999, p. 7.

¹⁹² Su questa espressione si è interrogato lo stesso Ricoeur, chiamato a testimoniare nel maxi-processo per omicidio involontario di 350 persone, contagiate dal virus dell'HIV, che vide coinvolti oltre a M.me Georgina Dufoix, l'allora primo ministro Laurent Fabius. Il processo si svolse innanzi a un Tribunale straordinario, La Corte di Giustizia della Repubblica, composto da tre magistrati e dodici parlamentari. In quella sede, Ricoeur affermò la necessità di rafforzare le istituzioni volte a far valere la responsabilità politica nei casi di malgoverno, piuttosto che la penalizzazione di comportamenti iscrivibili in logiche complesse e non pienamente governabili dai soggetti coinvolti. La trascrizione della testimonianza è stata pubblicata da P. RICOEUR in *Le Juste II*, Esprit, Paris 2011, pp. 289-297.

consapevolezza della densità del dibattito interno all'epistemologia, pur facendo riferimento, sin da ora, ad un lessico di chiara matrice neo-positivista.

Questi i termini della questione, felicemente riassunti dalle Sezioni Unite:

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi 'universali' (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi 'statistiche' che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di 'alto grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica', quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili¹⁹³.

La giurisprudenza, cioè, si mostra consapevole della rarità di leggi scientifiche 'universali' sotto le quali sussumere un caso specifico, ammettendo al rango di legge scientifica anche forme di generalizzazione statistica¹⁹⁴ che esprimano un coefficiente di probabilità lontano dall'ideale della certezza assoluta.

Nelle lezioni americane di Carnap, implicito riferimento culturale dei giudici¹⁹⁵ – ma anche di certa scienza giuridica¹⁹⁶ – leggiamo che «la scienza comincia con osservazioni dirette di fatti singoli (...). È solo quando si confrontano tra loro varie osservazioni, che si scoprono le regolarità: queste

¹⁹³ Par. 2 capoverso 5 della sentenza.

¹⁹⁴ Sulla struttura logica della generalizzazione statistica si veda G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 169 e ss.

¹⁹⁵ Così ad esempio G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 13.

¹⁹⁶ Fu invero Federico Stella, nel 1975 (F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*) a importare nella scienza giuridica italiana lessico e concetti carnapiiani, come egli stesso ricostruisce in F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cassazione Penale*, 2005, p. 1080.

ultime sono espresse da enunciati chiamati ‘leggi’, che servono per spiegare fatti già noti e per prevedere fatti non ancora noti»¹⁹⁷.

E si deve sempre a Carnap una distinzione di tutto rilievo nelle argomentazioni dei giudici, quella tra probabilità statistica e probabilità logica¹⁹⁸, che sposta sull’interazione tra questi due livelli di giudizio – uno scientifico, uno metascientifico¹⁹⁹ – la verifica del nesso eziologico.

Così limpidamente la Corte:

La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la “probabilità statistica” attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell’indagine causale), la “probabilità logica”, seguendo l’incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell’ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell’intera evidenza disponibile, dell’attendibilità dell’impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell’accertamento giudiziale²⁰⁰.

Tale interazione tra il livello ‘scientifico’ delle leggi statistiche, che Carnap definisce «enunciati fattuali espressi nel linguaggio della scienza», ‘sintetici’, «ossia enunciati che non possono essere decisi su basi logiche, ma che dipendono da ricerche empiriche»²⁰¹, e quello ‘metascientifico’ degli enunciati che vertono sulla scienza, si assesta nelle parole della Corte sulla «razionale credibilità dell’accertamento giudiziale», che – una volta verificata la probabilità statistica

¹⁹⁷ R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, cit., p. 17. E ancora, leggiamo: «tali leggi possono essere universali o statistiche». *Ivi*, p. 13.

¹⁹⁸ Così Carnap: «è, tuttavia, mia convinzione che esistono due tipi fondamentalmente diversi di probabilità, e io li distingo fra loro chiamando l’uno «probabilità statistica», l’altro «probabilità logica». *Ivi*, p. 38.

¹⁹⁹ *Ivi*, p. 53.

²⁰⁰ Paragrafo 8 della sentenza.

²⁰¹ R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, cit., pp. 52-53.

della legge di copertura – si appunta sull’opportunità che quella legge venga invocata per il caso specifico, sostanziandosi tale accertamento in una verifica della probabilità logica²⁰².

Questo comporta un ridimensionamento del ruolo della probabilità statistica, dunque del grado di affidabilità della legge scientifica di copertura, nell’accertamento del nesso eziologico²⁰³. Se infatti gli orientamenti precedenti alla sentenza *Franzese* si erano misurati sul grado di affidabilità delle leggi scientifiche di copertura, sostanzialmente delegando alla scienza – sia qualora ad esse si dovesse far ricorso se munite del 100% delle probabilità, sia se provviste del solo 28%²⁰⁴ – il giudizio sul nesso, le Sezioni Unite distinguono in questa sede tra il concetto sostanziale di causa e il metodo di verifica²⁰⁵.

Per le Sezioni Unite, infatti, «non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico ‘prossimo ad 1’, cioè alla ‘certezza’»²⁰⁶, ben potendo leggi statistiche a basso coefficiente rivelarsi estremamente adatte a fornire una spiegazione, ‘razionalmente credibile’, dell’evento causato. Così come, al contrario, leggi statistiche con altissimo coefficiente, qualora non supportate da valide prove della effettiva rispondenza di queste rispetto al fenomeno particolare, potrebbero fallire alla prova dell’accertamento della loro specifica applicabilità.

Ciò che allora risulta risolutivo ai fini dell’accertamento del nesso di causalità è la verifica in concreto del grado di «persuasiva e razionale credibilità»

²⁰² Così nell’interpretazione estensiva che fornisce Stella del concetto di probabilità logica introdotto da Carnap.

²⁰³ Rilevi critici sono mossi da Fiandaca in ordine all’utilizzo di tale terminologia: «Senonché queste nuove formule, che la stessa giurisprudenza mutua – come abbiamo visto – da un certo filone dell’epistemologia neopositivista, recano con sé un intuibile rischio: di diventare cioè formule magari suggestive sul piano retorico e rassicuranti su quello psicologico, ma rimanendo pur sempre formule suscettibili (come accade a tutte le formule generali!) di essere manipolate in contesti di giustificazione apparente. Quando un dubbio è veramente ragionevole? E la probabilità logica quando, e come, può essere definita elevata?». G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 18.

²⁰⁴ Cass., Sez. IV penale, 28 settembre 2000 n. 1688, *Pres. Pioletti. Rel. Battisti – Baltrocchi*.

²⁰⁵ Così O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2, 2002, p. 610.

²⁰⁶ Paragrafo 7 della sentenza.

di un accertamento giudiziale che impone al giudice di verificare la concreta idoneità della legge di copertura a dar conto di quel preciso decorso causale²⁰⁷.

Questo apre evidentemente una serie di ulteriori questioni degne di approfondimento.

L'equivalenza postulata dalle Sezioni Unite tra leggi statistiche e massime di esperienza segna la fine di quella utopia della certezza²⁰⁸ del sapere scientifico, al quale la scienza giuridica si dovrebbe affidare nella determinazione del fatto da qualificare, in una seconda fase, giuridicamente. Se pure si riconosce la necessità di tarare sul caso concreto il sapere di cui si dispone «ben difficilmente potrà raggiungersi la certezza dell'efficacia salvifica della condotta omessa, stante la strutturale incapacità della scienza medica di predire in termini matematici l'evoluzione di una patologia e le reazioni dell'organismo umano a qualsiasi terapia in un singolo paziente»²⁰⁹.

La sfiducia dichiarata nei confronti del sapere medico sembrerebbe in questa fase condurre al medesimo arroccamento all'interno di definizioni squisitamente normative che si è visto in relazione alla imputabilità²¹⁰.

²⁰⁷ «In definitiva, con il termine “alta o elevata credibilità razionale” dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente - e proporzionalmente - dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità». paragrafo 8 della sentenza.

²⁰⁸ Così O. DI GIOVINE: «per un verso la certezza viene considerata come un miraggio utopico, che cede il passo ad una più ragionevole ‘credibilità logica’; per l'altro verso l'impossibilità di assicurare la ‘certezza’ del giudizio fa anche cadere la pretesa di identificare nel paradigma nomologico l'unico strumento di accertamento della *condicio sine qua non*». O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 612. Parla di utopia della certezza anche S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano 2008, p. 15.

²⁰⁹ Questo è particolarmente pregnante per l'epidemiologia, come si legge nelle parole di Vineis: «il paradigma dell'epidemiologia può essere definito come metodo della scatola nera, nel senso che la ricerca epidemiologica mira abitualmente a mettere in relazione qualche evento esterno con il rischio di malattia, senza addentrarsi nei meccanismi patogenetici. L'epidemiologia delle malattie croniche prescinde da un'assunzione forte circa la relazione causale: per causa si intende qualunque esposizione che preceda l'insorgenza della malattia, compatibilmente con un periodo di induzione biologica che aumenti la probabilità di contrarre la malattia». P. VINEIS, *L'interpretazione causale degli studi epidemiologici*, in *La causalità tra diritto e medicina. Atti del convegno nazionale di medicina legale*, Pavia, 1992, pp. 47 e ss.

²¹⁰ Sul punto è opportuno sottolineare come alcuni autori distinguano quanto all'incidenza del momento normativo, tra causalità attiva e omissiva. Solo nel secondo caso, infatti, sarebbe possibile emanciparsi dal dato naturalistico, che nella causalità attiva, invece, esaurirebbe la nozione di causalità

Mancherebbe qui il movimento di ritorno alla ‘durezza’ di un sapere dato per ‘oggettivo’, come quello che le neuroscienze hanno rappresentato per l'imputabilità.

Eppure, in settori diversi dalla responsabilità medica, si registra forse un movimento ‘di ritorno’ analogo, come si vedrà in seguito.

Per meglio comprendere questa prima questione emersa nella sentenza sarà necessario estendere il campo di indagine, includendo altre ipotesi significative di interazione tra sapere scientifico e diritto, per poi procedere all'esame più specifico del concetto di causa penalmente rilevante .

2. La scienza davanti al diritto

Il modo con cui i giudici selezionano il sapere scientifico di cui necessitano per la risoluzione di un caso non è espressamente disciplinato nel nostro codice. Per alcuni questo costituirebbe una lacuna²¹¹. E tuttavia ciò ha comportato una flessibilizzazione anche apprezzabile dell'approccio dei giudici, nel nostro ordinamento qualificati alla stregua di *periti peritorum*, al sapere scientifico.

Fuori dal campo della responsabilità medica la giurisprudenza italiana si è misurata con ipotesi di difficile risoluzione, laddove il profilo della corretta interazione con il sapere scientifico di riferimento si è intrecciato con la rete di obblighi integranti la posizione di garanzia. E se nella responsabilità medica il contenuto normativo della colpa ha operato come decompressore del grado di certezza richiesto (rispetto a un sapere posseduto dagli stessi soggetti di cui si discute la responsabilità), nei settori comportanti l'esercizio di attività

penalmente rilevante. Così M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 58. Diversamente, alcuni sostengono la natura normativa di ogni causalità, che nelle fattispecie omissive richiederebbe soltanto un qualche rafforzamento. C.E. PALIERO, *La causalità nell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. medicina legale*, 1992, p. 821.

²¹¹ Fiandaca riferisce questo orientamento a Puppe. G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 22.

‘pericolose’ ai titolari della posizione di garanzia spesso non è stato richiesto di possedere un sapere pure misurabile, secondo la giurisprudenza, in termini di certezza.

Più diffusamente, il contenuto della colpa ha assunto nel settore della responsabilità medica un connotato normativo forte cui ha fatto da contraltare il ricorso a standard scientifici meno stringenti; viceversa, nel caso di esposizione all’amianto, ad esempio, l’innalzamento dello standard scientifico richiesto per integrare una legge di copertura si è contrapposto ad un abbassamento del livello di perizia richiesto ai soggetti preposti.

Queste riflessioni anticipano per certi versi la tesi che si riporterà di seguito – in parziale adesione – e cioè l’inevitabile interazione, quando non dipendenza, tra il piano asseritamente descrittivo degli enunciati scientifici e quello normativo²¹².

Affermazioni espressive di una netta separazione quali «la scienza ricerca la verità, mentre il diritto esercita la giustizia; la scienza descrive mentre il diritto prescrive; la scienza mette l’accento sul progresso, il diritto sul processo», sono state messe in crisi da una visione costruttivista, che è andata affermandosi negli Stati Uniti con le ricerche pioneristiche di Sheila Jasanoff²¹³. Forte di una doppia formazione – scientifica e giuridica – la Jasanoff ha negli ultimi trenta anni accreditato un nuovo campo disciplinare, di cui *Law and Neuroscience*

²¹² Quello della separazione tra essere e dover essere, *Sein e Sollen*, è un tema sul quale la filosofia del diritto si è misurata a lungo. Se in accoglimento del monito kelseniano la scienza giuridica giuspositivista si è per molti anni guardata da tentativi di superamento, in seguito la grande divisione è stata revocata in dubbio anche all’interno del pensiero giuspositivista. Tra i primi critici Gaetano CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall’essere*, Giuffrè, Milano 1969.

²¹³ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano 2001, p. 20. Sul costruttivismo della Jasanoff molto chiaramente Mariachiara Tallacchini nella introduzione al suo volume: «l’attività del sistema scientifico non consiste nella validazione di metodi per determinare la conoscenza autorevole e per acquisire fatti oggettivamente dati. Questa dimensione prescrittiva, del dover-essere della scienza, trascura di rendere ragione dei processi attraverso i quali le conoscenze scientifiche vengono legittimate socialmente come un sapere autorevole, dotato di uno statuto privilegiato (...)». E ancora sulla non identificazione tra costruttivismo e relativismo: «Qui il costruttivismo non dà luogo a un relativismo destinato a svuotare di senso lo sforzo normativo, ma si rivela piuttosto come strumento di chiarificazione conoscitiva e di consapevolezza critica, autoriflessiva, da offrire a chi svolge il lavoro di creazione e applicazione del diritto». M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, pp. xiii-xiv.

costituisce una gemmazione, con l'ambizione di ridisegnare i modi in cui diritto e scienza si erano sino ad allora relazionati²¹⁴. Per fare ciò la Jasanoff non ha solo guardato ai momenti di tradizionale interazione tra scienza e diritto – imputabilità e causalità, pure oggetti privilegiati della sua osservazione – ma anche al ruolo delle agenzie federali tecnico-scientifiche statunitensi, che ben esemplificano l'intreccio tra diritto e scienza nella 'coproduzione'²¹⁵ del sapere ufficiale.

Ma se il ruolo delle agenzie rende palese il fenomeno, è in realtà già nei momenti in cui tradizionalmente il diritto si rivolge alla scienza che si rivela la perdita dell'innocenza rispetto alla presunta neutralità ed oggettività della scienza. Oltre alla non scontata constatazione che la ricerca scientifica si muove sempre entro istituzioni giuridicamente forgiate, cosicché la norma agisce *ab origine* scandendo forme e tempi della ricerca, quand'anche non temi, la Jasanoff esamina alcuni processi americani, mettendo in luce il ruolo della capacità persuasiva dei periti nella scelta della ricostruzione causale compiuta dal giudice.

Da alcuni celebri casi americani la Jasanoff induce che, nonostante la scientificità di un risultato non sia in relazione con la fonte da cui proviene (ma solo con il 'metodo'), nei processi spesso vengono in rilievo le qualità personali dei periti, la loro affidabilità e capacità di persuasione, cosicché la giuria spesso sancisce come maggiormente scientifica la teoria esposta dal perito più convincente²¹⁶.

²¹⁴ Verso la fine degli anni '80 si sviluppa un autonomo campo disciplinare noto come '*Science and Technology Studies*', al quale la Jasanoff dedicherà anche un dipartimento creato nel 1990 presso la Cornell University. Così M. TALLACCHINI, *ivi*, p. x.

²¹⁵ Di coproduzione ha parlato per la prima volta Bruno Latour, in opposizione al programma forte di sociologia della scienza di David Bloor, accusato di ridurre i fenomeni naturali ai processi sociali. Secondo Latour invece società e natura sarebbero co-prodotte (B. LATOUR). È interessante notare l'evoluzione degli studi di Latour in questo settore, evoluzione che lo ha condotto ad applicare il metodo etnografico impiegato per la scienza anche al diritto, esaminando per due settimane il lavoro dei giudici del *Conseil d'Etat*. Le caratteristiche di indipendenza e l'obiettivo della ricerca della 'verità' sono apparsi a Latour ben più radicati nel lavoro dei giudici che in quello degli scienziati, spesso non consapevoli dell'importanza del momento ermeneutico nella proposizione dei dati sperimentali alla comunità scientifica. B. LATOUR, *Scientific object and legal objectivity*, in A. POTTAGE, *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, pp.73-113, già in B. LATOUR, *La fabrique du droit Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris 2004).

²¹⁶ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., pp. 100-101. Da una prospettiva non centrata esclusivamente sul rapporto tra scienza e giudici, ma egualmente costruttivista, si segnala di recente F. DI

Questo revocherebbe in dubbio l'idea della scienza come impresa autonoma rispetto al diritto. A ben vedere ciò sarebbe anche il prodotto di un sistema probatorio – quello americano – costruito in modo che le parti possano d'intesa omettere del tutto la 'verità'²¹⁷.

E tuttavia la sfiducia che la Jasanoff ripone nella capacità della scienza di restituire immagini rassicuranti è totale, non essendo cioè limitata ai condizionamenti propri del processo:

Nelle corti la scienza viene prodotta secondo regole retoriche e processuali rigorosamente definite, in presenza di condizionamenti economici e sociali inevitabili, per servire strategie normative ampiamente divergenti che le parti adottano (...). Nuove procedure non libererebbero la scienza dalle pressioni morali e sociali, né metterebbero gli scienziati in grado di offrire al diritto una guida puramente fattuale, come l'ideale tecnocratico continua a pensare²¹⁸.

Sembrerebbe affermarsi così il primato del diritto anche nei confronti della scienza²¹⁹, che nei momenti di divisione interna si vede costretta ad affidarsi a definizioni legislative di ciò che sia o meno scienza valida. Ciò si mostra con

DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, Milano 2008.

²¹⁷ Come già sosteneva la Jasanoff nel 1992: «Is crossexamination really "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth?" The social constructivist perspective suggests that the answer may be more complex and ambiguous than lawyers generally admit. Adversarial process is indeed a wonderful instrument for deconstructing "facts", for exposing contingencies and hidden assumptions that underlie scientific claims, and thereby preventing an uncritical acceptance of alleged truths. The adversary process is much less effective, however, in reconstructing the communally held beliefs that reasonably pass for truth in science. Cross-examination, in particular, unduly privileges skepticism over consensus». S. JASANOFF, *What judges should know about sociology of science*, in *Jurimetrics*, 32, 1991-1992, p. 353.

²¹⁸ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., pp. 121-122.

²¹⁹ Per certi versi il tema richiama il noto dibattito interno alla cultura giuridica e filosofica italiana a ridosso del nuovo millennio, relativo ai rapporti tra diritto e tecnica. Dialogo animato dalle autorevoli voci di Natalino Irti, sostenitore della primazia del diritto, e della sua capacità di normare qualsiasi fenomeno sociale, inclusa la tecnica, e Emanuele Severino, al contrario convinto nella portata totalizzante della tecnica, dotata di tale *vis expansiva* sulla realtà, da attuare un progetto «di produzione e distruzione senza limite della totalità delle cose». E. SEVERINO, *Téche. Le radici della violenza*, Rizzoli, Milano 2002, p. 256. Il dialogo è invece contenuto in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001; da ultimo ripreso in N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari 2013.

particolare fulgore in alcuni recenti casi – la vicenda italiana della Stamina è paradigmatica, ma anche i tentativi di definire per via legislativa o giurisprudenziale i cd. stati minimi di coscienza – nonché nella formulazione del principio di precauzione, che impone di colmare con la regola giuridica lo iato rappresentato dall'incertezza del sapere scientifico.

Intermezzo: oltre la definizione legislativa di stato vegetativo permanente

**Il tema del fine vita sarà affrontato limitatamente all'oggetto di questa ricerca, nella consapevolezza della vastità del dibattito bioeticistico e della complessità delle questioni che la regolamentazione giuridica del fine vita pone al giurista. Le ragioni di tale inclusione, come si spera emergeranno nel prosieguo, si legano dunque al limitato focus della interazione tra diritto e scienza.*

La prima ipotesi è particolarmente nota, anche per la rilevanza pubblica delle questioni implicate: si tratta della definizione di stato vegetativo (permanente o persistente), e della individuazione del *discrimen* rispetto all'ipotesi liminare – e tuttavia pregena di conseguenze giuridiche – degli stati minimi di coscienza. L'interazione tra scienza e diritto si fa in questo caso drammatica, rilevando sulla possibilità – accordata in alcuni paesi – di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale qualora lo stato vegetativo sia irreversibile.

La prima definizione di 'stato vegetativo persistente' risale al 1972, quando Jennet e Plum la utilizzarono per descrivere lo stato di pazienti che, a seguito di gravi danni cerebrali, versavano in una condizione di *veglia incosciente*²²⁰. Il *punctum dolens* sarà allora verificare in che misura il diritto utilizzi le definizioni – provenienti dalla scienza – di stato vegetativo e stati minimi di coscienza.

Stando al più noto e recente caso giurisprudenziale italiano, la vicenda di Eluana Englaro, questo profilo asseritamente descrittivo – *rectius* definitorio – appare approblematico. Nel decreto emanato dalla Corte di Appello di Milano a seguito

²²⁰ B. JENNETT, F. PLUM, *Persistent vegetative state after brain damage. A syndrome in search of a name*, in *Lancet*, 1972, pp. 734-737.

dell'ordinanza di rinvio della Suprema Corte di Cassazione, i giudici di Milano, facendo proprie le parole contenute nella relazione tecnica, definiscono 'stato vegetativo' «la mancanza di ogni risposta adattativa all'ambiente esterno, l'assenza di ogni segno di una mente che riceve e proietta informazioni, in un paziente che mostra prolungati periodi di veglia» (Corte di Appello di Milano, sez. I civile, decreto 9 luglio 2008).

Infatti, gli «standard scientifici riconosciuti a livello internazionale», richiesti dalla giurisprudenza, sembrano ad oggi assestati, anche grazie al lavoro di preziosa riorganizzazione concettuale effettuato in materia dalla Multi-Society Task Force nel 1994²²¹, sulla enucleazione di alcuni requisiti, al verificarsi dei quali è condizionata la diagnosi di stato vegetativo. Tra tali requisiti sono da segnalare l'assenza della prova (*no evidence*) di coscienza (*awareness*) di sé o dell'ambiente, e di risposta intenzionale o volontaria a stimoli visivi, uditivi, tattili.

Ad un primo sguardo, sembrerebbe allora pacifico l'ulizzo di definizioni mutate inevitabilmente da altri saperi, «standard scientifici riconosciuti a livello internazionale» nelle parole dei giudici di Milano²²², limitandosi in questo caso i giudici ad accogliere il sapere scientifico e applicando solo in una fase successiva parametri normativi implicanti una irriducibile decisione.

Tuttavia, sono almeno due le questioni di non agevole soluzione dischiuse dalla nota vicenda.

In primo luogo la definizione di coscienza non è affatto agevole, registrandosi evidenti distonie all'interno del sapere scientifico ufficiale, anche relativamente ai diversi metodi di accertamento.

Come ha affermato un noto neuroscienziato, protagonista dell'esperimento di cui si dirà, la definizione di coscienza è tra le più controverse all'interno delle neuroscienze²²³. Il tentativo di individuare i correlati neurali della stessa, infatti, si scontra con l'esperienza in prima persona, oltre che con il limite dell'incomunicabilità di tale esperienza in soggetti paralizzati.

²²¹ MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS, *Medical aspects of the Persistent Vegetative State*, in *The New England Journal of Medicine*, 330, 1994, pp. 1499-1508.

²²² Che così proseguono: «non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni» (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748).

²²³ A.M. OWEN, *Functional Neuroimaging of the Vegetative State*, in *Nature Reviews. Neuroscience*, 9, 2008, p. 236.

Stando alle linee guida introdotte dalla Multi-Society Task Force, il termine *coscienza* (*consciousness*), è stato definito nel 1980 come consapevolezza di sé e dell'ambiente (*awareness of the self and the environment*), e si estrinseca in due dimensioni: veglia (*wakefulness*) e consapevolezza (*awareness*)²²⁴. Nei pazienti in stato vegetativo, dunque, sarebbe solo una delle espressioni della coscienza a mancare, segnatamente la consapevolezza.

Ma la coscienza è stato anche uno dei terreni maggiormente frequentati dai neuroscienziati, che hanno provato a rintracciare i correlati neurali degli stati coscienti, conseguendo risultati di non poco momento anche per la regolazione giuridica del fine vita.

Le tecniche di *neuroimaging*, infatti, sono state utilizzate in pazienti cui era stato precedentemente diagnosticato lo stato vegetativo permanente (PVS) per verificare la loro risposta cerebrale all'ambiente.

Owen e il suo gruppo di ricerca²²⁵ hanno, così, sottoposto a fMRI diciassette di tali pazienti, monitorando la risposta cerebrale di soggetti che, stando alla diagnosi corrente, non erano più in grado di interagire in alcun modo con l'ambiente. A tali soggetti fu chiesto di immaginare di giocare a tennis, e in due sui diciassette monitorati è stata così riscontrata l'attivazione della corteccia motoria, che risulta essere coinvolta nella pianificazione, nel controllo e nell'esecuzione di movimenti volontari del corpo.

Quale interpretazione fornire, allora, di tali esperimenti?

In via di prima approssimazione, è possibile avanzare dubbi sull'univocità interpretativa di tali esperimenti. È dimostrato, infatti, che nel nostro corpo intervengono automatismi di vario tipo, riscontrati finanche in pazienti sottoposti ad anestesia totale, in quanto il nostro corpo 'impara' ad eseguire dei compiti in risposta a certi stimoli e continua a farlo in modo automatico anche in assenza di coscienza²²⁶. A questa obiezione è però lo

²²⁴ MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS, *Medical aspects of the Persistent Vegetative State*, cit.

²²⁵ A.M. OWEN et al., *Detecting Residue Cognitive Function in Persistent Vegetative State*, in *Neurocase*, 8, 2002, pp. 394-403. L'esperimento è stato ripetuto nel 2010, e i risultati pubblicati in M.M. MONTI, A. VANHAUDENHUYSE, M.R. COLEMAN, M. BOLY, J.D. PICKARD, L. TSHIBANDA, A.M. OWEN, S. LAUREYS, *Willful modulation of brain activity and communication in disorders of consciousness*, in *New England Journal of Medicine*, 362, 2010a, pp. 579-589. Le implicazioni giusfilosofiche della ricerca sono messe in luce in V. MARZOCCO, *Le neuroscienze e le nuove prospettive della "vita materiale". Nuove prospettive o antichi problemi*, in A. BALLARINI (a cura di), *Costituzione, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 101 e ss.

²²⁶ Così P. NACHEV, M. HUSAIN, *Comment on 'Detecting Awareness in the Vegetative State'*, in *Science*, 315: 1221a, 2007.

stesso Owen a rispondere: in effetti ci sarebbero dei parametri scientificamente individuati – tra i quali la durata dell’attivazione dell’area cerebrale – perché si possa parlare di automatismo, criteri che in tali esperimenti non risultano soddisfatti²²⁷. Owen conclude il suo studio proponendo di introdurre una nuova tipologia di stato alterato di coscienza, da lui definito ‘*non-behavioural minimally conscious state*’²²⁸.

Ma al di là dell’opportunità di ampliare il novero delle categorie scientifiche di riferimento, un punto da segnalare è quello relativo allo statuto giuridico della diagnosi sopravveniente.

Queste diagnosi, infatti, sono avvenute prima della scadenza del termine (dodici mesi dall’evento lesivo, secondo linee guida internazionali) dopo il quale è legittimo parlare di stato vegetativo persistente, che, unitamente seppure in misura variabile al consenso previamente prestato, in molti paesi legittima alla sospensione dell’alimentazione artificiale²²⁹. Nei casi in esame, cioè, sarebbe stato ancora possibile invertire la diagnosi, facendola regredire a quella di stati di coscienza minimi (MCS). Ma *quid iuris* nel caso in cui tale nuova diagnosi fosse intervenuta dopo il consenso alla sospensione, prestato dai familiari o ricostruito (a seconda della legislazione in materia)?

L’ipotesi è paradossale, e tuttavia dà l’esatta misura della seconda questione, evidentemente non irrelata rispetto al consolidamento di nozioni scientifiche controverse all’interno della comunità scientifica, e più dichiaratamente connessa alla questione teorica da cui ci si è mossi. A fronte di fluidi confini definitivi, il diritto produce esso stesso argini normativi, irrigidendosi in posizioni definitorie – stipulative – che mostrano il segno di quanto tali questioni siano ‘politiche’ e nient’affatto neutrali. La vicenda Englaro, lontana dalle descrizioni scientifiche delle neuroscienze, è in questo senso istruttiva. Nelle parole di Paolo Becchi, infatti, si sarebbe prodotto un indebito ‘giudicato’ sulla diagnosi²³⁰.

Ma la vocazione artificialista del diritto si fa ancora più esplicita nella diversità di approcci rinvenibile nella legislazione statunitense, che risulta divisa tra una concezione

²²⁷ A.M. OWEN, M.R. COLEMAN, *Functional Neuroimaging of the Vegetative State*, in *Nature Reviews. Neuroscience*, 9, 2008, pp. 235 e ss.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ In Inghilterra, ad esempio, la diagnosi di stato vegetativo permanente autorizza i familiari a chiedere la sospensione della alimentazione e idratazione artificiali.

²³⁰ P. BECCHI, *L’imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 2009, p. 394.

comportamentista e una funzionalista nella individuazione dello stato vegetativo permanente.

Esempi del primo caso sono la Florida, dove la mancanza di coscienza è definita «*absence of voluntary action or cognitive behaviour of any kind*» e «*inability to communicate or interact purposefully with the environment*», e l'Alabama, che la riconnette all'assenza di «*cognitive thought, sensation, purposefull action, social interaction, and awareness of self and environment*».

Definizioni ispirate ad una logica funzionale sono invece quelle adottate dallo stato del Maine, «*the patient totally lacks higher cortical and cognitive function, but maintains vegetative brain stem processes*», o dell'Ohio, «*total less of cerebral cortical functioning*».

E la difficoltà di operare un bilanciamento tra queste due tendenze è palese nei numerosi interventi giudiziari e regolativi sul caso Englaro. Nella sentenza del 2007, come si è visto, leggiamo che Eluana è «radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno», nonché «non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni»; nel decreto del 2008, invece, si parla di «assenza di ogni segno di una mente che riceve e proietta informazioni»²³¹. L'incertezza lessicale, allora, è il segno di una difficoltà nel ravvisare una nozione condivisa di coscienza, in un settore che è atteso probabilmente da nuove sfide: la ridefinizione scientifica del *discrimen* tra stati minimi di coscienza e stato vegetativo permanente potrebbe in futuro innescare una spinta inversa, nel senso di maggiore affidamento ad un sapere 'esterno' al diritto.

²³¹ Corte d'Appello di Milano, sez. I civile, decreto 9 luglio 2008. L'utilizzo di tale ultima formula è, per altro, filosoficamente impegnativo, lasciando presagire una lettura riduzionista della coscienza. Il rischio che si cela dietro l'utilizzo di siffatta terminologia è che l'uomo, nella sua irriducibile specificità coscienziale, si riduca a mero «processo di autocreazione attraverso l'elaborazione dell'informazione». Così A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine*, cit., p. 10.

2.1 Il caso Stamina

Il clamore suscitato dal metodo Stamina non è certo dovuto alla singolarità del fenomeno. La scienza moderna è costellata di momenti analoghi, in cui, dal siero di Bonifacio al metodo Di Bella, passando per le medicine alternative, la contestazione della scientificità di una terapia si scontra con il presunto diritto alla speranza dei pazienti²³², configurabile – per alcuni – alla stregua di legittima percezione soggettiva della utilità di un trattamento²³³.

La vicenda Stamina è invero complicata dalla presenza e contraddittorietà di più interventi – giudiziari, legislativi e *lato sensu* regolatori – che si innestano sulla unanime sconfessione da parte della scienza ufficiale della scientificità di tale metodo.

In totale assenza di dati sperimentali, nonché di pubblicazioni *peer reviewed*, il metodo – consistente nella somministrazione di cellule staminali di tipo mesenchimale in pazienti affetti da gravi patologie neurodegenerative – è stato avviato dapprima presso un ospedale di Trieste, poi in una struttura sanitaria di Brescia. Ciò avveniva in base ad un accordo stipulato tra la *Stamina Foundation* e l'Agenzia Sanitaria Locale, in parziale ottemperanza del decreto del Ministro della Salute 5-12-2006, il quale regola le cd. 'cure compassionevoli', «su singoli pazienti in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute nonché nei casi di grave patologia a rapida progressione» (art. 1, co. 4).

Il decreto in questione, tuttavia, subordina la regolarità di tali cure alla sussistenza di alcuni requisiti, tra cui: l'esistenza di dati scientifici pubblicati su riviste accreditate, il consenso informato del paziente, il parere favorevole del

²³² In questi termini Trib. Trento, sez. lav., ord. 29.3.2013.

²³³ Il punto è messo in rilievo, in riferimento al caso Stamina, da G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2013, pp. 420 e ss. In senso negativo il giudice del Tribunale di Milano A. Santosuosso, da anni studioso dei rapporti tra diritto e scienza, nell'intervista rilasciata al Corriere della Sera il 28 marzo 2013.

Comitato etico «con specifica pronunzia sul rapporto favorevole fra i benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili del trattamento proposto, nelle particolari condizioni del paziente», il rispetto di alcuni requisiti di qualità farmaceutica.

Il primo atto di qualificazione giuridica è stato un provvedimento dell'Agenzia del Farmaco, autorità incaricata di fornire parere vincolante sull'autorizzazione delle cure compassionevoli, che si è espresso censurando la affidabilità del trattamento in questione, vietando così la prosecuzione del trattamento. Ma come si diceva in apertura, la percezione soggettiva dell'utilità della terapia ha sollecitato una serie ulteriore di provvedimenti della giustizia amministrativa, avverso i ricorsi proposti dai genitori dei pazienti. Ciò ha condotto ad un intervento legislativo, fortemente osteggiato dall'opinione pubblica nazionale e internazionale²³⁴, che ha autorizzato la prosecuzione della terapia qualora già avviata col fine di evitare le sperequazioni evidentemente connesse alla differenziazione delle pronunce dei TAR²³⁵, e dato avvio alla sperimentazione clinica. Per l'avvio di tale sperimentazione è stato nominato in seguito un Comitato scientifico *ad hoc*²³⁶, che all'esito di verifica si è pronunciato negativamente sulla scientificità del metodo. Entra così in gioco un ulteriore soggetto abilitato dall'ordinamento a regolamentare la scienza: un comitato nominato, sulla cui mancanza di imparzialità è stato motivato un ulteriore ricorso, quello della stessa *Stamina Foudation* nei confronti del Ministero della Salute. L'ultimo atto – per ora – della vicenda è rappresentato dal provvedimento del Tar Lazio, che ha accolto l'istanza della Fondazione, e sospeso il provvedimento impugnato, aderendo alla motivazione addotta: gli

²³⁴ Molti gli scienziati italiani schieratisi contro il metodo stamina. Si segnala il comunicato ufficiale dell'Accademia dei Lincei a classi riunite per far pressione sul Parlamento affinché non convalidasse il decreto legge in questione; nonché gli articoli a più riprese comparsi su *Nature* (A. ABBOTT, *Stem-cell ruling riles researchers*, in *Nature*, vol. 495, 28 marzo 2013, pp. 418 ss.) e l'appello del premio Nobel per la medicina.

²³⁵ Così il decreto-legge 25-3-2013, n. 24, convertito dalla legge n. 57 del 2013, all'art. 2: «Le strutture pubbliche in cui sono stati avviati, anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, trattamenti su singoli pazienti con medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali, lavorati in laboratori di strutture pubbliche e secondo procedure idonee alla lavorazione e alla conservazione di cellule e tessuti, possono completare i trattamenti medesimi, sotto la responsabilità del medico prescrittore, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili secondo la normativa vigente».

²³⁶ Con il decreto 28/08/2013.

esperti nominati avrebbero, già prima dell'incarico, espresso pubblicamente forti perplessità sul metodo-Stamina. Ciò varrebbe come prova della mancanza di imparzialità.

Il punto – a prescindere dalla valutazione in concreto del caso – è di particolare rilevanza, atteso che anche nella più recente giurisprudenza di legittimità²³⁷ emerge la consapevolezza della possibile parzialità degli organi deputati ad accreditare la scienza come tale.

Il consenso della comunità scientifica poi, in questo caso compatta nel mancato riconoscimento di scientificità al metodo, è altro parametro cui tradizionalmente la giurisprudenza ha fatto capo per accertare la scientificità di un asserto.

Ma le due questioni emerse, a ben vedere, compongono un'aporia. Il bisogno di depurare il più possibile il giudizio dei valutatori dall'incidenza di pregiudizi, oltre a sconfessare l'idea di una costitutività della precomprensione nella conoscenza umana, che l'ermeneutica aveva messo allo scoperto, allude alla possibilità che esista una conoscenza scientifica che proceda su binari non socialmente costruiti, verso quell'ideale di certezza – utopica, come si è visto – che la giurisprudenza sembrerebbe aver superato. Di converso, il caso Stamina darebbe conto proprio di quel procedere per delimitazione dei confini, che la sociologia della scienza ha indicato come tratto costitutivo – e costruttivo – della scienza:

Studies in the sociology of science have shown that scientists maintain the purity of their communities through what is termed boundary work. People whose criticism the community does not wish to accept are dismissed as members of a different field or, under exceptional circumstances, as misfits, deviants, charlatans, or other kinds of outsiders to the whole enterprise of science. The drawing of boundaries insulates scientific work from unexpected and possibly ill-motivated challenges by

²³⁷ Si veda *infra*.

inadequately credentialed critics. Boundary work is in this sense an indispensable part of the ordinary practice of science, but it also can be used to deflect criticism that is not only unwelcome but well founded²³⁸.

2.2 Dallo standard Frey a Daubert

Come si diceva, è stato proprio il consenso della comunità scientifica a costituire a lungo il parametro di riferimento nelle corti statunitensi per l'attribuzione dell'etichetta di 'buona scienza', la scienza cioè degna di fondare le argomentazioni dei giudici. A partire dalla celebre sentenza *Frye*²³⁹ del 1923, e fino al *revirement* della *Daubert* del 1993, il modo in cui i giudici americani si sono relazionati alla scienza è stato di sostanziale adesione acritica a quanto «*the general acceptance in the particular field*» proponeva. L'accettazione generale esprimeva anche la fiducia – o il disinteresse – che la scienza potesse convergere in modo compatto di volta in volta verso assunti che il diritto avrebbe poi rivestito di giuridicità, senza tuttavia poter giudicare della affidabilità di quel sapere, e senza interrogarsi criticamente sul reale livello di condivisione e sui modi in cui questa condivisione fosse stata raggiunta.

E tuttavia, la nozione di consenso della comunità scientifica, letta con mutate categorie, rimanda a quella di 'scienza normale' introdotta da Thomas Khun in un'opera che avrebbe segnato il crollo delle antiche certezze epistemologiche. Ne *'La struttura delle rivoluzioni scientifiche'*, infatti, Khun descrive il sapere scientifico come un meccanismo di consolidamento intorno a dei 'paradigmi'²⁴⁰, accettati dalla 'scienza normale',²⁴¹ e utilizzati da questa come

²³⁸ S. JASANOFF, *What judges should know about sociology of science*, cit., p. 349. Ancora più chiaramente: «To maintain the stability of its findings, a community of scientists has to be relatively resistant to criticism from outsiders». *Ibidem*.

²³⁹ Court of Appeal of District of Columbia, *Frye v. United States*, 1923, 293 F 1013.

²⁴⁰ «Con questo termine voglio indicare conquiste scientifiche universalmente riconosciute le quali, per un certo periodo di tempo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca». T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., p. 10.

criteri di spiegazione degli eventi. In base a questa lettura, l'accettazione della comunità scientifica si mantiene compatta fino a quando la coerenza del paradigma non viene sfidata da una 'rivoluzione scientifica' successiva che comporterà una sostituzione di paradigma.

Il riferimento, dunque, al consenso della comunità scientifica sembrerebbe non più sostenibile, in quanto di per sé non indicativo di una reale rispondenza della teoria oggetto del consenso ai fatti stessi.

Del resto, proprio gli studi critici di filosofia della scienza a orientamento storico²⁴² inaugurati da Thomas Kuhn avevano messo in crisi l'idea che la scienza fosse tanto migliore quanto più corrispondente ai fatti. I neopositivisti si erano sforzati di perpetuare il messaggio della scienza moderna, individuando dei parametri di scientificità che corroborassero il 'metodo' iscritto nello statuto originario della scienza moderna. E tuttavia era già chiaro con Carnap che di leggi scientifiche si potesse parlare utilizzando prevalentemente criteri di tipo probabilistico-induttivo.

La perdita di fiducia nei confronti della scienza, seppur controbilanciata da una diffusa fiducia del senso comune nella sua capacità rappresentativa del reale²⁴³, avviata dalle riflessioni di Kuhn, ha poi subito un'accelerazione progressiva ad impulso non solo della filosofia della scienza ad orientamento storico²⁴⁴, ma anche della sociologia della scienza della scuola di Edimburgo²⁴⁵, con esiti di scetticismo in linea con la *nouvelle vague* post-modernista.

²⁴¹ «Una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore». *Ivi*, p. 23.

²⁴² Questa la definizione che ne dà W. BECHTEL, *Filosofia della scienza e scienza cognitiva*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 69.

²⁴³ Sheila Jasanoff, invece, registra una rispondenza tra la sfiducia della gente comune nella scienza e il mutato atteggiamento dei giudici statunitensi negli anni '70: «La tendenza delle corti a pronunciarsi in controversie basate su prove scientifiche incerte, e a permettere che attori non particolarmente qualificati sfidassero professionisti muniti di conoscenze scientifiche, rifletteva la declinante sfiducia della popolazione nella possibilità di governare la scienza e la tecnologia. Lo scetticismo espresso dai giudici e dagli avvocati nelle aule di giustizia era solo l'eco di una più generale disillusione nei riguardi delle tranquillizzanti dichiarazioni degli esperti in tema di rischi». S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., p. 51.

²⁴⁴ Tale orientamento arriverà fino all'attacco frontale al metodo scientifico con il provocatorio volume di P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo*, Feltrinelli, Milano 1979.

In questo mutato contesto culturale si inserisce la sentenza *Daubert*, con la quale la Corte Suprema americana, trovandosi a decidere degli effetti teratogeni di un farmaco anti-nausea, Benedictin, ha enunciato alcuni criteri di *sound science*, imponendo ai giudici il ruolo ulteriore di *gate-keepers*. Affinché cioè l'ipotesi scientifica possa essere accettata, è necessario che questa sia testabile, falsificabile, sia stata oggetto di *peer review* e pubblicazioni scientifiche, devono essere note le percentuali di errore, e solo in ultima analisi potrà farsi ricorso al criterio dell'accettazione della comunità scientifica fornito dalla sentenza *Frye*.

A conferma della mutata consapevolezza epistemologica, la sentenza molto chiaramente afferma che «nella scienza non ci sono certezze», e che «la validità scientifica per uno scopo non è necessariamente validità per altri scopi, correlati al primo». Più diffusamente, nelle parole del giudice Blackmun, estensore della sentenza, leggiamo che la conoscenza scientifica deriva dalla scientificità del metodo, dotato per ciò stesso di «affidabilità probatoria», e fondato «sulla formulazione di ipotesi e sul controllo delle stesse, per vedere se possano essere falsificate». Il metodo scientifico – «ciò che distingue la scienza dalle altre discipline della ricerca umana»²⁴⁶ – impone ai giudici di verificare la percentuale di errore, investendo gli stessi del ruolo di custodi, da una parte della razionalità del metodo, dall'altra dell'intrinseca mutevolezza dei suoi risultati, essendo le conclusioni scientifiche «soggette a continua evoluzione».

Il richiamo sussidiario al consenso della comunità scientifica vale come sua relativa messa in discussione: «l'accettazione generale può avere un peso nell'indagine. Una valutazione di affidabilità consente, anche se non richiede,

²⁴⁵ Tra i rappresentanti della scuola di Edimburgo si veda D. BLOOR, *Knowledge and Social Imagery* (1976), University of Chicago Press, Chicago 1991. Un approccio consapevole ma critico degli esiti di totale sfiducia nell'impresa scientifica è, come si vedrà, quello di Bruno Latour, fortemente criticato da Bloor. In replica si segnala l'accattivante metafora che Latour utilizza per opporsi al programma forte di Edimburgo: «Exactly as in Kant, and for the very same reason, things in themselves are there to make sure that one is not an idealist, to fill the phenomena—the meeting point of our categories and the noumens—with some sort of resistance, some sort of stuffing. They are like hosts at a party where all the food has been brought by the mind (alternatively, read society) to stand up as tokens, but they are not there to eat and certainly not to bring their own doggy bags». B. LATOUR, *For Bloor and beyond. A reply to David Bloor's Anti-Latour*, in *Studies in History and Philosophy of Science*, Vol. 30, 1, 1998, pp.117.

²⁴⁶ La traduzione della sentenza è di Federico Stella in F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 316.

l'esplicita identificazione di una comunità scientifica rilevante e una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di quella comunità»²⁴⁷.

Vale la pena, a questo punto, proseguire nella ricostruzione dell'impianto filosofico della sentenza. Perché se da una parte la Corte Suprema esibisce quella sfiducia nei confronti della capacità della scienza di fornire certezze, è pur vero che compito della Corte è in qualche misura quello di chiamare i giudici alle loro responsabilità, allontanando la possibilità che questa mutata consapevolezza epistemologica si traduca in un arretramento verso standard di certezza più esigui, mal sopportabili dal diritto civile e del tutto intollerabili in quello penale. Quest'ultimo rilievo vale a segnare un altro dei punti di maggiore interesse della sentenza, laddove essa apre ad una funzionalizzazione della validità di una teoria ai fini perseguiti.

Il fatto, cioè, che la fisica newtoniana classica si sia rivelata inadeguata a descrivere e prevedere efficacemente il movimento dei quanti non autorizza ad abbandonare il paradigma newtoniano per quei fenomeni fisici rispetto ai quali il paradigma ancora risulti adeguato, capace di garantire la certezza assoluta della legge scientifica di cui il diritto penale, nella prospettiva di Federico Stella, avrebbe bisogno²⁴⁸.

Così si spiega il riferimento, che pure la sentenza opera, alla testabilità e al margine di errore, riferimento che richiama una nozione di metodo scientifico senz'altro vicina al giustificazionismo di Hempel. Tuttavia la sentenza, come si è visto, include quale ulteriore connotato di scientificità la falsificabilità popperiana²⁴⁹, accedendo così ad una versione 'aggiornata' del metodo

²⁴⁷ E ancora: «l'accettazione diffusa può essere un fattore importante per stabilire l'ammissibilità di una particolare prova, mentre una 'tecnica' conosciuta che è stata in grado di ottenere soltanto un supporto minimo nella comunità (...) potrebbe complessivamente essere vista con scetticismo». *Ivi*, p. 316.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Il riferimento è, evidentemente, alla nozione di falsificabilità, con la quale Popper rovescia il concetto di conferma proponendo agli scienziati di dimostrare la falsità dell'ipotesi. Questa proposta è esito della inservibilità tanto della logica deduttiva quanto di quella induttiva a derivare una proposizione

scientifico, costitutivamente aperto all'errore²⁵⁰. A ciò si aggiunga il richiamo, seppur sussidiario, al consenso – storicamente determinato – della comunità scientifica, depositaria di quel 'sapere normale' che postula un livello di stabilizzazione del sapere scientifico non sempre compatibile rispetto a quella apertura costante fornita dalla falsificabilità.

Le ambiguità della sentenza danno conto della duplicità di interpretazioni di cui gli standards *Daubert* sono stati oggetto.

Il riferimento al criterio della testabilità e all'errore, infatti, ben si presta ad essere letto come valorizzazione dell'oggettività del sapere scientifico; di talché l'imposizione ai giudici di un maggiore potere di controllo li trasformerebbe in 'custodi del metodo'.

Diversamente, il riconoscimento della mutevolezza degli asserti scientifici giustificerebbe un potenziamento del ruolo dei giudici nella valutazione dell'affidabilità delle teorie scientifiche, anche non condivise pienamente dalla comunità scientifica, aprendo tanto al trionfo dell'arbitrio giudiziario – da leggere come costruttivismo senza freni – quanto, secondo le suggestioni di Latour, riprese dalla Jasanoff, al riconoscimento di *Daubert* quale «scatola nera scientifico-giuridica da aprire allo sguardo critico della co-produzione»²⁵¹.

L'ambiguità di cui è latrice la sentenza *Daubert* potrebbe essere letta anche mutuando da Bruno Latour alcuni strumenti interpretativi. Ciò consentirebbe di collocare la contraddittorietà degli esiti interpretativi all'interno di una più profonda contraddizione, che, per Latour, darebbe conto di quel continuo oscillare dell'occidente moderno tra natura e cultura. Da una parte, infatti, la modernità è la storia di 'ibridi', di fenomeni naturali socialmente connotati, di prodotti culturali; dall'altra parte questi ibridi sono resi possibili dalla grande

generale a partire da casi specifici. L'alternativa di Popper è così la negazione del conseguente, o *modus tollens*. K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino 2010.

²⁵⁰ Sulla capacità, per Popper, dell'osservazione scientifica di restituire un'immagine 'vera' del mondo, resta imperitura l'immagine del cigno nero: l'osservazione della regolarità di un fenomeno (tutti i cigni osservati sono bianchi) non esaurisce la possibilità che esista un cigno nero.

²⁵¹ M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, p. 325.

separazione tra soggetto e oggetto²⁵². Esempio paradigmatico sono gli strumenti di laboratorio, artefatti umani funzionali alla misurazione di ‘oggetti’, contrapposti al soggetto e alla sua razionalità calcolante:

Se la scienza si fonda sulle competenze, i laboratori e le reti, dove bisogna collocarli? Certamente non sul versante della cosa in sé, poiché i fatti sono fabbricati. Ma sicuramente non sul versante del soggetto – società/cervello/spirito/cultura – poiché l’uccello che soffoca, le biglie di marmo, il mercurio che scende non sono nostre esclusive creazioni. Allora è a metà di questa linea che collega il polo oggetto al polo soggetto che bisogna collocare la pratica scientifica? È un ibrido o una miscela? Un po’ oggetto e un po’ soggetto?²⁵³

La consapevolezza dell’esistenza di questi ibridi, resi possibili dalla grande separazione, non ci rende tuttavia immuni dagli effetti di questo paradosso originario, al quale è possibile riferire anche le oscillazioni della giurisprudenza sul punto:

Poggiando sulla solida base della certezza che l’uomo è artefice del proprio destino, il moderno può criticare e disgelare, indignarsi e denunciare le credenze irrazionali, le ideologie scientifiche e il dominio

²⁵² «La parola ‘moderno’ definisce due gruppi di pratiche completamente diverse che, per conservare efficacia, devono restare distinte, mentre da qualche tempo non sono più tali. Il primo insieme crea, per ‘traduzione’, un miscuglio tra tipi di esseri affetto nuovi, ibridi di natura e cultura. Il secondo, per ‘depurazione’, produce due aree ontologiche completamente distinte: quella degli umani da un lato e quella dei non umani dall’altro. Senza il primo, le pratiche di depurazione sarebbe insieme vuote e oziose. Senza il secondo, il lavoro di traduzione risulterebbe rallentato, limitato o addirittura bloccato. Il primo insieme corrisponde a quelle che io ho chiamato reti, il secondo a quella che ho definito critica». B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni. Saggio di antropologia simmetrica*, Elèuthera, Milano 1995, p. 23.

²⁵³ *Ivi*, p. 39. Le origini teoriche di tale contraddizione sono ricostruite da Latour a partire da due protagonisti della modernità: Boyle e Hobbes. «Se arriviamo al fondo della simmetria tra le invenzioni dei nostri due autori, comprendiamo come Boyle non crei semplicemente un discorso scientifico, e altrettanto fa Hobbes per la politica. Boyle crea un discorso politico da cui la politica dev’essere esclusa, mentre Hobbes immagina una politica scientifica da cui dev’essere esclusa la scienza sperimentale. In altri termini essi inventano il nostro mondo moderno, un mondo nel quale la rappresentazione delle cose tramite il laboratorio resta per sempre dissociata dalla rappresentanza dei cittadini mediante il contratto sociale». *Ivi*, p. 42.

ingiustificato degli esperti che pretendono di tracciare i confini dell'azione e della libertà. Tuttavia la sola trascendenza di una natura che non è opera nostra e la sola immanenza di una società che è completamente fatta da noi paralizzerebbero i moderni, troppo impotenti davanti alle cose e troppo potenti nella società. Che enorme vantaggio si trova nel poter rovesciare i principi senza nemmeno la parvenza di una contraddizione!²⁵⁴

La rivoluzione epistemologica ha funto da detonatore di questa oscillazione perenne, trasformando la filosofia della scienza in sociologia della scienza, dunque prendendo congedo da ogni pretesa di declinare in termini prescrittivi il metodo scientifico – sconfessato nella sua capacità di formulare enunciati 'veri' – e limitandosi a fornire una descrizione, nemmeno troppo rassicurante, della pratica scientifica.

2.3 Il pendolo della giurisprudenza italiana

In Italia l'eco della sentenza Daubert non ha tardato a farsi sentire²⁵⁵. Se con la sentenza Portomarghera²⁵⁶ nel 2006 la giurisprudenza italiana ha espressamente aderito al canone della *Daubert*, in realtà al medesimo risultato era in parte pervenuta la già citata sentenza Franzese. Nonostante, infatti, il ricorso a nozioni mutate dal positivismo logico di Carnap, la massima enunciata dalle sezioni unite non ha impedito alla giurisprudenza di merito di diluire l'accertamento del nesso, schermendosi dietro il giudizio di 'probabilità

²⁵⁴ *Ivi*, pp. 52-53.

²⁵⁵ Già nel 1990 la Corte di Cassazione pronunciandosi sul disastro di Stava aveva affermato che le leggi della scienza devono «ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili». Cass., Sez. IV penale, 6 dicembre 1990, n. 4793, Bonetti, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2726 ss. Sulla problematicità di tale affermazione vale quanto si è detto a proposito di *Daubert*.

²⁵⁶ Corte di Cassazione, sez. IV penale, sent. 17 maggio 2006, n. 4675, Bartolini et al., in *Foro it.*, 2, 2007, pp. 550 e ss., con nota di R. Guariniello.

logica'²⁵⁷. Con la significativa differenza, obliata dalla recezione italiana della *Daubert*, che il caso statunitense veniva enunciato a conclusione di un giudizio civile, dunque senza il limite segnato dal diritto americano del ragionevole dubbio, ed entro il parametro condiviso del *più probabile che no*²⁵⁸.

Uno dei settori della responsabilità penale maggiormente impegnato nella ricerca di criteri per l'individuazione della 'buona scienza', in Italia ma non solo, è stato quello della colpa del datore di lavoro, in caso di morte o lesioni personali ai lavoratori provocati da esposizione a sostanze tossiche. In questo caso, oltre ad essere in gioco il difficile equilibrio tra delimitazione della colpa, dunque lo standard di esigibilità richiesto a chi riveste una posizione di garanzia, e la misura del contributo causale dell'esposizione, si è rivelato preliminare l'accertamento del sapere scientifico di riferimento, essendosi fronteggiate spesso opposte teorie relative all'incidenza dell'esposizione al fattore tossico su sviluppo e accelerazione della malattia.

Si diceva che nel 2006 la giurisprudenza italiana ha dato prova di conoscere – accogliendolo positivamente – lo standard *Daubert*. In quell'occasione la Corte di Cassazione ha posto fine ad una vicenda complessa volta all'accertamento delle responsabilità per l'inquinamento della laguna di Venezia, e segnatamente delle ripercussioni sulla salute di chi aveva lavorato a Porto Marghera. L'esposizione a cvm (cloruro di vinile monomero) e pvc (cloruro di polivinile che si presenta sotto forma di polvere contenente cvm) era stata ritenuta causalmente efficiente solo in alcune patologie. E la Corte di Cassazione, nel confermare sostanzialmente la decisione dei giudici di prime cure, ha sviluppato una diffusa riflessione sulla funzione della colpa e l'incertezza del sapere

²⁵⁷ «La giurisprudenza sulla causalità omissiva successiva alla sentenza delle Sezioni Unite, nel prestarvi ossequio formale (anche riprendendo le formule dell' 'alta probabilità logica' o 'alta credibilità razionale') ha di fatto affievolito il criterio della certezza dell'impedimento. Una ragionevole applicazione del criterio della certezza dell'effetto impeditivo non può non tenere conto del carattere irriducibilmente ipotetico della causalità omissiva». D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, II ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 243.

²⁵⁸ Detto per inciso, la diversità dei criteri di accertamento dei fatti, a seconda che si tratti del processo civile o penale, dà la misura di quanto i differenti valori che permeano il processo civile e quello penale agiscano nel determinare il livello di accuratezza dell'accertamento dei fatti; in ultima istanza, restituiscono una diversa immagine della natura cui appellarsi.

scientifico, in questo settore particolarmente avvertita²⁵⁹. I due punti, in verità, non sono irrelati. È proprio cioè la perimetrazione della colpa a richiedere, nella misura della prevedibilità degli esiti verificatisi (e che non dovevano verificarsi), un certo tipo di leggi scientifiche che, nelle argomentazioni della Corte, se nella fase di imputazione dell'evento devono sottoporsi ad un accertamento più rigoroso, nel giudicare della esigibilità della condotta subiscono un legittimo affievolimento. Questo perché, se nella fase di accertamento del nesso di causalità i criteri codificati dalla sentenza Franzese valgono ad arginare eventuali sconfinamenti verso una responsabilità oggettiva, la diligenza impone in ogni caso di porre in essere tutte quelle condotte potenzialmente idonee a scongiurare un evento, anche quando il legame logico tra questo e il comportamento non diligente ricada sotto leggi scientifiche non sufficientemente 'certe'.

Purché cioè, e questo è il punto di maggiore interesse ai fini di questo lavoro, gli studi invocati per dar conto dell'incidenza causale del comportamento dei datori di lavoro sulle malattie sviluppate abbiano il carattere della scientificità, anche quando non siano «patrimonio scientifico consolidato», essi saranno idonei a fondare un giudizio di colpevolezza. Così la Corte si esprime a proposito di alcuni studi ritenuti affidabili dai giudici, seppur non condivisi unanimemente dalla comunità scientifica: «la ricerca di Viola non costituiva infatti una congettura inaffidabile ma era stata (...) condotta con metodo scientifico e aveva fatto sorgere una plausibile probabilità o possibilità di un effetto cancerogeno anche sull'uomo»²⁶⁰. E quanto alla scientificità del metodo,

²⁵⁹ «Basti pensare – afferma la Corte – alle sottolineate divergenze tra le conclusioni delle agenzie internazionali; alle contraddizioni all'interno degli studi effettuati dalla medesima agenzia (Iarc); alle differenti conclusioni cui sono pervenuti, su alcuni temi relativi alla causalità, gli stessi consulenti tecnici del pubblico ministero per avere conferma come le conclusioni della corte di merito non potessero discostarsi da quelle assunte, non essendosi raggiunta la soglia dell'inesistenza del ragionevole dubbio ritenuta necessaria dalla giurisprudenza di legittimità anche prima dell'introduzione legislativa ad opera della legge 46/06». Corte di Cassazione, sez. Pen. IV, sent. 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini et al., in *Foro it.*, 2, 2007, p. 559.

²⁶⁰ *Ivi*, p. 569. E ancora «la serietà di questi studi, e la plausibilità dei risultati raggiunti, non è confermata soltanto dal riconoscimento, anche a livello internazionale (formò oggetto di comunicazione in convegni svolti in stati stranieri e fu pubblicata su un'importante rivista medica che si occupava di studi sui tumori), che gli studi di Viola ottennero all'epoca ma dalla condotta dei dirigenti Montedison

la Cassazione non esita a richiamarsi, come si anticipava, al precedente statunitense, censurando il fallace richiamo al «patrimonio scientifico consolidato», che, se interpretato alla stregua di «consenso generalizzato della comunità scientifica», «non viene più ritenuto l'unico criterio utilizzabile neppure dalla giurisprudenza nordamericana, come emerge dalla notissima sentenza 28 giugno 1993 della Corte suprema federale degli Stati Uniti, relativa al caso *Daubert*»²⁶¹.

I meno cogenti criteri cui assoggettare il sapere scientifico in questo particolare caso di addebito a titolo di colpa – non, dunque, nell'accertamento del nesso eziologico – sono testualmente ripresi da *Daubert*, che appunto relega a funzione sussidiaria il previgente parametro del consenso generale da parte della comunità scientifica.

Come si diceva, il consenso della comunità scientifica – letto alla luce della mutata consapevolezza epistemologica – nulla dice della eventuale fiducia nella rispondenza della teoria oggetto di generale accettazione alla 'realtà'. Cosicché tornare oggi ad identificare il consenso generale con quel canone della certezza – utopia ricorrente – non sembra convincente. Eppure è quanto la più recente giurisprudenza di legittimità pare aver fatto in un caso analogo, dando prova di quell'oscillazione perenne di cui si diceva.

I principi di più recente conio giurisprudenziale (è sempre la IV sezione penale a statuire) impongono al giudice di accertare:

1. Se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico.
2. Nell'affermativa, occorrerà determinare se si sia in presenza di legge universale o solo probabilistica in senso statistico.

che affidarono al prof. Maltoni un approfondimento della ricerca, evidentemente perché ritennero che gli studi del dott. Viola avessero un fondamento scientifico». *Ibidem*.

²⁶¹ *Ivi*, p. 571.

3. Nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali.

4. Infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione [...] si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico²⁶².

Non è un caso che i commentatori parlino di un recupero dello standard *Frye*²⁶³, riproponendo da un lato il ritorno all'ideale del preponderante consenso, dall'altro continuando a gravare il giudice della verifica della scientificità del metodo. A leggere la sentenza Cozzini pare quasi che la Cassazione consideri implicita una sorta di correlazione tra metodo e conseguente consenso della comunità scientifica, come a dire che una volta accertata «l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove» sia possibile inferire da questa l'accettazione della comunità scientifica²⁶⁴.

E un'identica fiducia nelle capacità previsionali della scienza pare espressa da una recente sentenza di merito che ha condannato la Commissione Grandi Rischi per non aver previsto gli eventi sismici che hanno interessato drammaticamente L'Aquila nella primavera del 2009²⁶⁵. La rappresentazione mediatica della sentenza ha coinciso con una sorta di processo alla scienza, incapace in questo caso di prevedere gli effetti nefasti del protrarsi dello sciame

²⁶² Cass., sez. IV pen. 17 settembre 2010, n. 43786 imp. Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 ss.

²⁶³ Così F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*. Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2013, p. 386, il quale rileva come la diversità dello standard di certezza richiesto derivi dall'essersi la Daubert pronunciata su un caso civile.

²⁶⁴ «Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso». Cass., sez. IV pen. 17 settembre 2010, n. 43786, imp. Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 ss.

²⁶⁵ Tribunale di L'Aquila, 22 ottobre 2012- 19 gennaio 2013, sent. n. 380.

sismico. E tuttavia, è stata proprio la autodichiarata capacità previsionale, la fiducia pubblicamente esibita nella capacità di mettere a punto previsioni affidabili, a fondare il giudizio di responsabilità penale. Al di là, infatti, dei rilievi in punto di tipicità della fattispecie incriminatrice, la dichiarazione pubblica di assenza di pericolo è valsa ad ingenerare una legittima aspettativa a ch  gli eventi disastrosi non si verificassero, agendo come causa (meglio sarebbe a dire motivazione) della permanenza delle persone in casa, anzich  – come verificatosi altre volte – l’abbandono a fini precauzionali. Paradossalmente una dichiarazione dei limiti del sapere scientifico nella previsione dei terremoti avrebbe esentato da responsabilit  la Commissione, che diversamente ha fornito una motivazione per non adottare le cautele (l’abbandono delle case) idonee alla sopravvivenza. La causalit  individuale   accertata in questo caso facendo ricorso ad una singolare legge di copertura che, accedendo all’estensione del parametro autorizzata dalla sentenza *Franzese*,   rinvenuta nella legge «antropologica» in base alla quale

di fronte a situazioni ansiogene di grave rischio, l’essere umano – inteso quale animale socioculturale – tende ad affidarsi istintivamente al parere di soggetti qualificate per orientare i propri processi cognitivi e volitivi. L’affidamento   maggiore quanto pi  credibile, scientificamente razionale e autorevole   la fonte da cui il parere proviene²⁶⁶.

L’affidamento risulta, poi, pi  intenso a cagione di una sorta di “prossimit  culturale” tra i soggetti della comunicazione: per il Tribunale «le vittime indicate nel capo di imputazione erano per la maggior parte di elevato livello culturale, di apprezzabile grado di istruzione». Esse, inoltre, «per formazione professionale riconoscevano l’autorevolezza della Commissione Grandi Rischi e riponevano particolare affidamento in tale organismo tecnico-scientifico dello Stato».

²⁶⁶ A riguardo, il Tribunale osserva che «le vittime indicate nel capo di imputazione erano per la maggior parte di elevato livello culturale, di apprezzabile grado di istruzione». Esse, inoltre, «per formazione professionale riconoscevano l’autorevolezza della Commissione Grandi Rischi e riponevano particolare affidamento in tale organismo tecnico-scientifico dello Stato».

riconoscevano l'autorevolezza della Commissione Grandi Rischi e riponevano particolare affidamento in tale organismo tecnico-scientifico dello Stato»²⁶⁷.

3. Conclusioni provvisorie

Questa sommaria disamina di alcuni casi giurisprudenziali italiani e americani consente di trarre alcune provvisorie conclusioni.

Come Maiwald rilevava nel 1980²⁶⁸, la riflessione della scienza giuridica intorno al problema della causalità si è spesso tradotta in una riformulazione, in termini giuridicamente omogenei, della causalità fisica. La scienza giuridica, mutuando da Carnap e Popper nozioni senz'altro rilevanti per la comprensione della mutata epistemologia di riferimento, ha finito con l'obliare il carattere necessariamente normativo della causalità giuridica che, lungi dal trasformarsi in totale processualizzazione del nesso, in termini di sua artificiosa ricostruzione, nelle sue perenni oscillazioni ha dato prova di quel processo di co-produzione tra scienza e diritto.

Le diverse 'logiche' che informano l'accertamento del nesso di causalità, non solo nel *discrimen* tra diritto civile e penale, ma finanche nel diritto penale stesso²⁶⁹, frantumano quell'illusione scienziata di cui il diritto penale si era alimentato, imponendo tuttavia una precisazione: se infatti ci si è resi conto

²⁶⁷ Il Tribunale prosegue sottolineando la presenza, nelle vittime, di «urgente necessità di decodificare, normalizzare, convenzionalizzare, spiegare e interpretare il fenomeno in corso e la riunione della Commissione Grandi Rischi venne convocata all'Aquila proprio a tali fini: per effettuare, utilizzando...le parole del Capo del Dipartimento della Protezione civile dell'epoca dott. Bertolaso, un'operazione mediatica tesa a tranquillizzare la popolazione».

²⁶⁸ L'edizione tedesca è M. MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht: studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Schwartz & co., Gottingen 1980, trad. it. a cura di F. Brunetta d'Usseaux, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Giuffrè, Milano 1999.

²⁶⁹ L'incipit di un lavoro di Pagliaro è istruttivo sul punto: «la dottrina penalistica tradizionale si è inoltrata da tempo in un vicolo cieco, perché della causalità penalistica viene lasciata in ombra la funzione giuridica. Per troppo tempo questa funzione è stata dimenticata, sicché il rapporto di causalità è stato trattato come un *quid* autonomo, avulso dagli altri problemi del diritto penale. Talvolta ci si è addirittura limitati a considerare solo l'aspetto naturalistico o quello logico della causalità, dimenticando la funzione essenziale del diritto, che è una funzione normativa, legata agli scopi delle norme». A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 1037.

nell'inevitabile interazione tra il piano descrittivo e quello normativo nell'accertamento del nesso di causalità, nondimeno si dovrà trascurare la caratura assiologica del diritto penale che, nel promuovere taluni valori anziché altri, non autorizza a considerare totalmente manipolabile in senso artificialistico il nesso eziologico. Quest'ultima considerazione accompagna sovente molta letteratura penalistica particolarmente sensibile al tema del garantismo. E tuttavia un possibile fraintendimento richiede di essere messo in chiaro.

Quell'illusione scienziata²⁷⁰, che pure era stata individuata come tratto costitutivo di un diritto penale autenticamente garantista, è qui meno presente di quanto si direbbe *prima facie*. Ad una più attenta lettura, infatti, è proprio la presa d'atto dell'impossibilità del sapere medico, nel caso specifico, di fornire modelli nomologici dotati del coefficiente di certezza di cui il diritto penale avrebbe bisogno a richiedere un arretramento del diritto penale²⁷¹.

L'osservazione dell'esperienza statunitense è in questo senso istruttiva²⁷², tant'è che i celebri processi da esposizione di amianto, conclusisi con sonore condanne, si sono celebrati fuori dal momento sanzionatorio penale, con condanne al pagamento di ingentissime somme di denaro, liquidate nel processo civile.

Certo, riconoscere il carattere probabilistico di un sapere, e da ciò dedurre l'impossibilità di fondare su di esso un rimprovero penale, potrebbe implicare *a contrario* che, qualora si riscontri l'esistenza di leggi scientifiche di copertura 'certe' – considerate evidentemente esistenti –, il diritto penale possa legittimamente imporsi. Sarebbe il caso, come si diceva, delle leggi newtoniane, l'utilizzo delle quali non obbligherebbe a prendere una posizione epistemologicamente forte.

La questione, tuttavia, è ancora lungi dal trovare definitiva risoluzione, se è vero, come si vedrà, che quello della causalità giuridica è un tema che chiama in

²⁷⁰ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 8.

²⁷¹ Così F. STELLA, *Causalità omissiva*, cit., p. 1064.

²⁷² E ciò è messo bene in evidenza da F. STELLA, in *L'allergia alle prove della causalità individuale*, cit., spec. pp. 383 e ss.

causa altri luoghi classici del pensiero filosofico-giuridico, sin qui emersi solo implicitamente.

A seconda della direzione del pendolo che si sceglierà di privilegiare, infatti, ci si collocherà inevitabilmente in un dibattito che, seppur a tratti meno intenso che in passato, preserva la sua attualità. Optare per una concezione naturalistica della causalità – così come per l'imputabilità – delegando a saperi terzi la definizione di ciò che si debba intendere per causa o per capacità di intendere e di volere, potrebbe significare una riscrittura in chiave scientifica del giusnaturalismo (esperienza conclusa nelle parole di Piovani²⁷³). Sull'altro versante, porsi al di fuori di qualsiasi interrogazione circa il significato cui di quei concetti rimandano altri saperi – quello scientifico, ma anche il deposito di tradizioni e massime di esperienza – potrebbe essere letto come ritorno al formalismo di matrice kelseniana, senz'altro allo stato inadatto a dar conto di quell'intreccio, che si è definito co-produzione, tra scienza e diritto. La questione, allora, si presta ad essere inserita nel mai sopito dibattito tra istanze giusnaturaliste²⁷⁴ e giuspositivismo, con tutta la consapevolezza della loro storicità.

E non è un caso che istanze di revisione del positivismo classico siano provenute nella seconda metà nel '900 da Herbert Hart, oltre che studioso di teoria generale del diritto, autore di opere sulla causalità (con Tony Honoré: *Causation in the law*) e sulla responsabilità (interesse nato con l'articolo *The Ascription of Responsibility and Rights*, poi rielaborato, come si vedrà, in *Punishment and Responsibility*).

²⁷³ P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 38 e ss.

²⁷⁴ A tal proposito si segnala una recente proposta di confronto tra il neuro-naturalismo e il giusnaturalismo, da parte di Francesco Viola. F. VIOLA, *Neuroscienze e diritto naturale*, intervento al convegno "Neuroscienze e diritto", Bologna, 9 marzo 2012.

4. Una teoria giusfilosofica della causalità: Hart e Honoré

L'opera di Hart e Honoré sulla causalità, pubblicata nel 1959, sconta evidentemente il peso degli anni che la separano dal lettore odierno.

Così, l'affermazione iniziale, in base alla quale il nesso di causalità nel diritto dovrebbe liberarsi dall'eredità egemonica della causalità naturale, suona oggi quantomeno da ripensare. Sin qui si è infatti provato a dimostrare che i nodi concettuali che oggi la responsabilità giuridica si trova a dover sciogliere sono legati al progredire assorbente del sapere scientifico, con il quale non si può non fare i conti. In questo senso allora, sembrerebbero maggiormente avvedute le riflessioni di Maiwald, che negli anni '80 problematizzava la causalità a partire dai processi per talidomide.

E tuttavia, nonostante fosse certamente estranea agli autori tanto l'idea di fondare l'attribuzione di responsabilità su un concetto di causa naturalisticamente descritto, quanto quella di comunque interagire con l'avanzamento scientifico e tecnologico, quest'opera merita di essere ripercorsa²⁷⁵.

Ciò sarà di aiuto non solo per la comprensione della biografia di uno dei protagonisti del dibattito giusfilosofico della seconda metà del novecento, ma anche delle vicende del positivismo giuridico cd. inclusivo²⁷⁶, se è vero che le posizioni sostenute da Hart in questo volume hanno generato non poca confusione tra i suoi commentatori, che le hanno ritenute elusive di

²⁷⁵ È appena il caso di sottolineare che quest'opera ha ricevuto scarsa attenzione in Italia, rimanendo a cinquant'anni dalla sua pubblicazione poco conosciuta. Così anche F. SANTONI DE SIO, *Causalità, colpa e responsabilità: l'eredità di Hart e Honoré*, in *Rivista di Filosofia*, 2, 2008.

²⁷⁶ Di positivismo giuridico inclusivo (o *soft-positivism* come nella dizione dello stesso Hart) iniziò a parlarsi all'indomani della pubblicazione del *Poscritto* a *The Concept of Law*, intendendo con tale espressione un approccio teso al superamento della totale separazione tra diritto e morale postulata dal positivismo giuridico di Bentham e Austin (nell'area anglosassone). Su quale sia poi il rapporto che i singoli fautori del positivismo giuridico inclusivo ipotizzano tra diritto e morale non è possibile dar conto in questa sede. Per una prima ricognizione si veda W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994; E. MITROPHANOUS, *Soft Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, pp. 621-641; J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Clarendon Press, Oxford 2001.

quell'autonomia del giuridico postulata da uno dei capisaldi del positivismo giuridico²⁷⁷.

Il tentativo di smarcare il problema della causalità giuridica dalla causalità naturale, che per i due autori nasce dall'esigenza di far fronte all'inadeguatezza della teoria condizionalistica rispetto alla sovradeterminazione causale, cade infatti in un'altra fallacia, non meno insidiosa.

L'utilizzo di generalizzazioni statistiche, dunque di leggi scientifiche, non si rivela adatto a descrivere il procedimento di individuazione della causalità giuridica – di tipo individuale – nella misura in cui al diritto non è richiesto di fare previsioni, dunque di operare un giudizio prognostico, bensì solo diagnostico. Di talché, piuttosto che attingere al repertorio della scienza e della filosofia, che sulla causalità si è spesso lasciata guidare da quanto il pensiero scientifico di volta in volta acquisiva in termini di autocoscienza, si sarebbe tentati di riconoscere la intima artificialità del diritto, che pure Hart aveva professato qualche anno addietro introducendo nella riflessione giuridico-filosofica di lingua inglese la teoria dell'ascrittivismo.

Eppure non è questa la strategia argomentativa prospettata dagli Autori. A fronte cioè della difficoltà del pensiero scientifico di esprimere criteri funzionali per l'attribuzione causale di un'azione al suo agente, il diritto dovrebbe riconoscere l'operatività al suo interno di quei principi extra-giuridici condensati nella formula '*common sense*'²⁷⁸. Il senso comune, per ineffabile che sia,

²⁷⁷ In quegli stessi anni il filosofo di Oxford andava proponendo una versione, seppur aggiornata, comunque 'militante' del positivismo giuridico. Così, infatti, Wright: «Hart and Honoré's attempt to treat the normative principles for attributing legal responsibility as principles of causation is at first glance quite puzzling, given the remarkable contradiction between that attempt and the strict positivist theory of law that Hart was simultaneously engaged in elaborating and defending. During the same period that Causation in the Law was being written, Hart was writing his famous defences of legal positivism, which defended legal positivism in its strictest form». R.W. WRIGHT, *The Nightmare and the Noble Dream*, in AA. VV., *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 166. In realtà anche prima del *Poscritto*, la nozione di positivismo giuridico che emerge è senza dubbio più ampia del formalismo di matrice kelseniana. Mario Cattaneo evidenzia come l'aver distinto tra norme primarie (norme che impongono obblighi) e norme secondarie (norme che attribuiscono poteri) abbia costituito una notevole presa di distanza dal formalismo. M. CATTANEO, *Premessa 1991*, a H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino 2002, pp. viii-ix.

²⁷⁸ Ciò in omaggio al programma austiniiano di analisi del senso comune. Così Nicola Lacey: «Many philosophers regard *Causation*, with its systematic application of linguistic philosophy to a specific issue,

consentirebbe di rintracciare, senza le difficoltà proprie della teoria condizionalistica, nell'azione umana volontaria la causa giuridicamente rilevante di un evento. L'investigazione della catena causale che i giudici operano nell'accertamento del nesso causale è mutuata da quelle 'forme-base' di relazione causale che individuano in 'ciò che fa la differenza' la causa di un evento:

Analogies with the interference by human beings with the natural course of events in part control, even in cases where there literally is no human intervention, what is to be identified as the cause of some occurrence; the cause, though not literal intervention, is a difference from the normal course which accounts for the difference in outcome²⁷⁹.

La posizione di Hart e Honoré consente di osservare con grande chiarezza le possibili alternative sostenibili, con le conseguenti implicazioni giusteorie.

Mettendo da parte la scienza, allora, il problema che resta è l'individuazione dei soggetti deputati a fornire quel tanto di descrizione della natura – nella forma della causalità – necessario a fondare il giudizio di responsabilità. Da una parte, i minimalisti della causalità²⁸⁰, come sono definiti

as representing the pinnacle of the Austin school's published achievements». N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford 2004, p. 215. L'espressione 'analisi del linguaggio ordinario' si attaglia, nella ricostruzione offerta da Dummett, alla filosofia di J.L. Austin, colpevole di aver tradito le premesse antisistematiche di Frege, individuato come vero capostipite della filosofia analitica. M. DUMMETT, *Origins of Analytic Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1996, pp. 168-170. Per una dettagliata ricostruzione dell'influenza della filosofia di Oxford sul pensiero di Hart si veda M. RICCIARDI, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008, in particolare pp. 35 e ss. Sull'influenza di Cook Wilson sul lavoro di Hart, si legga sempre Ricciardi: «Come gli altri filosofi di Oxford, egli ritiene che l'uso linguistico sia rilevante in quanto stratificazione dei modi di pensare e di parlare che hanno superato la prova delle generazioni. Ignorarlo, come avvertiva Cook Wilson, sarebbe imprudente. Cercare di distorcerlo genererebbe confusioni. Studiarlo con attenzione può metterci a disposizione indizi utili per decifrare il mondo». *Ivi*, p. 175.

²⁷⁹ H.L.A. HART, A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford 1959, p. 29. «[I]n distinguishing between causes and conditions two contrasts are of prime importance. These are the contrast between what is abnormal and what is normal in relation to any given thing or subject matter, and between a free deliberate human action [intended to produce the effect that occurred] and all other conditions». *Ivi*, p. 33.

²⁸⁰ Gli Autori hanno bene in mente il bersaglio critico della loro teoria, ovvero il realismo americano, tacciato di nichilismo, che proprio sull'incertezza epistemologica costruisce la legittimazione dell'arbitrio

dagli Autori, ritengono del tutto manipolabile il nesso eziologico, prospettando soluzioni – e non è un caso che gli autori richiamati, quelli della analisi economica del diritto²⁸¹, facciano esclusivo riferimento al diritto civile – che prescindano dal contributo causale dell'agente. Dall'altra parte vi è l'approccio di chi considera, come Nagel²⁸², 'immorale' costruire dei sistemi di attribuzione della responsabilità che prescindano dal ruolo causale esercitato dall'agente, lasciando tuttavia inevasa la questione relativa ai soggetti autorizzati a definire limiti e modi del giudizio di intensità del nesso eziologico. La posizione intermedia assunta dagli Autori consiste dunque in una enucleazione di un catalogo di principi extra-giuridici che nella sostanza delineano un modello ap problematico di causalità, intesa come nozione riconducibile ad un'azione umana volontaria, individuata quale segmento della catena causale.

These restrictions colour all our thinking in causal terms; when we find them in the law we are not finding something invented by or peculiar to the law, though of course it is for the law to say when and how far it will use them and, where they are vague, to supplement them²⁸³.

Ciò oltre a creare, come si diceva, un corto circuito con la teoria del diritto professata da Hart²⁸⁴ (se non è il diritto a definire questi criteri, in che modo il

dei giudici: «It is fatally easy...to make the transition from the exhilarating discovery that complex words like 'cause' cannot be simply defined and have no 'one true meaning' to the mistaken conclusion that they have no meaning worth bothering about at all, but are used as a mere disguise for arbitrary decision or judicial policy. This is a blinding error... The proper inference from the fact that no common property can be found in all cases where causal language is used is that some more complex principle or set of principles may guide, though not dictate its use». H.L.A. HART, A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., p. 3.

²⁸¹ Hart e Honoré citano R.A. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *Journal of Legal Studies*, 1, 1972, pp. 29-96.

²⁸² T. NAGEL, *Sorte morale* (1987), trad. it. in ID., *Questioni mortali*, Il Saggiatore, Milano 2001, p. 36.

²⁸³ H.L.A. HART, A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., p. 70.

²⁸⁴ Come osserva Wright: «Despite his protestations to the contrary, Hart initially was not merely a legal positivist, who insisted that there is no necessary connection between law and morality, but also a legal formalist. He insisted that the existing law consists solely of the core of plain or settled meaning of explicitly stated legal rules, which are applied deductively to resolve the great majority of legal disputes, and that for cases not falling within the core of settled meaning there is no existing law that constrains judicial decision-making». R.W. WRIGHT, *The Nightmare and The Noble Dream*, cit., p. 166.

common sense riuscirà ad individuarli mantenendo la separazione tra diritto e morale?), conduce ad una sovradeterminazione del concetto di causa giuridicamente rilevante, che finirebbe per lasciare fuori proprio quella responsabilità causale che Hart individuerà, nel *Poscritto a Responsabilità e pena*, come uno dei possibili significati assunti dalla responsabilità. Il nesso di causalità subisce per così dire un sovraccarico normativo, che porta a inglobare nel concetto di causa penalmente rilevante non solo la nozione scientifica di questa, ma anche l'illiceità della condotta, dunque la violazione di un parametro normativo, e i criteri soggettivi di riferibilità dell'azione²⁸⁵.

Ugualmente insoddisfacenti sono i risultati raggiunti nel dibattito post-hartiano sulla causalità. Se, infatti, appare apprezzabile il tentativo di arginare la deriva nichilista della causalità, che considera infinitamente manipolabile la realtà da parte del diritto, non sembra condivisibile un ritorno ad una nozione metafisica di causa, così come recentemente prospettato da Moore²⁸⁶. Come si vedrà, la nozione metafisica di causa è consegnata ad un passato dal quale difficilmente potrà riemergere.

5. Aitia: *breve storia della causalità*

L'opera di Hart e Honoré imposta il tema della causalità nel diritto tracciando una genealogia del concetto di causa che segue un iter comune a molta letteratura. Da Mainwald a Moore, passando dalla penalistica italiana, qualora si sia trattato di individuare i padri del concetto moderno di causalità si è guardato a

²⁸⁵ «Without their seeming to realize that they have done so, their attempt to develop 'causal' principles that encompass not only natural causation but also attributable responsibility, in a way that enables only one or a few causal conditions to be treated as 'the' or 'a' cause, leads them to incorporate within their 'causal' principles not only the issues of natural causation and so-called 'proximate' causation, but also the wrongful conduct issue. Under their 'causal' principles, human action cannot be a 'cause' unless it is 'voluntary' or 'abnormal'. Conduct is not 'voluntary' unless it is intentional, unjustified, and unexcused». *Ivi*, p. 174.

²⁸⁶ Da ultimo si veda M.S. MOORE, *Causation in Law. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford 2009, volume anticipato da una serie di articoli, tra cui, M.S. MOORE, *The Metaphysics of Causal Intervention*, in *Cal. L. Rev.*, 88, 2000.

John Stuart Mill e allo scetticismo di Hume, dando per superata l'antichità classica.

Per verificare se e quali concetti il diritto dovesse mutuare dalla causalità fisica riferimento obbligato è stato la scienza moderna, fino al modello nomologico deduttivo di Hempel e Oppenheim.

Più remote sono le radici individuate da Hans Kelsen nel suo lavoro del 1953, *Society and nature*²⁸⁷, che sviluppa alcune delle intuizioni già presenti in un suo saggio del 1922²⁸⁸. Ripercorrere la sua ipotesi ricostruttiva, nonostante l'accusa mossagli di aver tralasciato le fonti contrarie ad essa²⁸⁹, può rivelarsi utile.

Invero, già nel suo manifesto del normativismo, *La dottrina pura*, Kelsen marcava la diversità di piani epistemologici tra natura e diritto, descrivibili la prima mediante il ricorso al principio di causalità, il secondo mediante il principio di imputazione. La non distinguibilità ontologica tra i due piani assumerà connotati più marcati in *Società e natura*, dove si legge chiaramente che:

Società e natura, se concepiti come due modi diversi di sistemare gli elementi, sono il risultato di due diversi metodi di pensiero; e solo in quanto tali costituiscono due oggetti diversi. Gli stessi elementi, se sono legati l'uno all'altro secondo il principio di causalità, costituiscono la natura; se invece sono legati secondo un altro principio, cioè quello normativo, costituiscono la società²⁹⁰.

²⁸⁷ L'opera non riscosse il successo sperato, soprattutto a causa della stroncatura ricevuta da uno dei più influenti sociologi americani del tempo, T. PARSONS, *Book Review of Hans Kelsen, Society and Nature. A Sociological Inquiry*, in *Harvard Law Review*, 1944, pp. 140-144.

²⁸⁸ H. KELSEN, *Gott und Staat*, in *Logos*, 11, 1922-23, trad. it. *Dio e Stato*, ESI, Napoli 1988, spec. pp. 141 e ss. Nel 1936 Kelsen presentò a Parigi presso l'*Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique* una relazione dal titolo *L'ame et le droit*, che presentava a studiosi di differenti ambiti disciplinari la struttura preliminare sulla quale si sarebbe fondato *Società e natura*. In quella sede, come riportato da Treves nella prefazione, Marcel Mauss contestò a Kelsen l'uso del termine 'primitivo', sostenendo che «gli etnografi l'hanno vieppiù abbandonata». R. TREVES, *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Bollati Boringhieri, Torino 1992, p. 3.

²⁸⁹ È sempre Parsons a muovere tale rimprovero.

²⁹⁰ H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 13.

E nel tracciare questa linea Kelsen già nel 1950²⁹¹ scriveva di un mondo – quello della Grecia antica – in cui il principio di imputazione permeava di sé anche l'interpretazione dei fenomeni naturali, letti come risultato di 'azioni' di enti personificati, in qualche misura sorvegliati da divinità più o meno benigne.

Il frammento di Eraclito riportato da Kelsen rende bene il senso di un'intuizione: «Il sole, la cui larghezza è per misura di un piede umano, non oltrepassa i suoi confini, perché, se uscirà dall'arco del suo corso, le Erinni, che amministrano la giustizia, lo scopriranno²⁹²».

In 'Società e natura' l'intuizione viene messa a punto: le società tradizionali, da Kelsen definite 'primitive'²⁹³, e parte del pensiero greco, sono accomunati da una lettura latamente sociale dei fenomeni naturali, con l'utilizzo esclusivo del principio del contrappasso quale chiave ermeneutica. Ciò che qui rileva, fuori dall'utilizzo indistinto di miti²⁹⁴, pratiche sociali e testi filosofici, è la datazione che Kelsen attribuisce alla nascita del principio di causalità, e le ragioni che individua a giustificazione di questo.

Per Kelsen il concetto moderno di causalità si radica nell'atomismo di Democrito e Leucippo, nella misura in cui per la prima volta nel pensiero dell'uomo viene postulata una successione temporale tra eventi avente carattere di necessarietà. Se, infatti, diversamente da altri autori²⁹⁵, il pensiero causale non

²⁹¹ H. KELSEN, *Causality and Imputation*, in *Ethics*, 1950, trad. it. a cura di R. Treves, *Causalità e imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000.

²⁹² ERACLITO, *Frammenti*, Rizzoli, Milano 2013, p. 128.

²⁹³ Cfr. nota 257.

²⁹⁴ Sulla produttività del mito nella comprensione ermeneutica della colpa, restano le suggestive parole di Paul Ricoeur: «mille raisons concourent à faire de la culpabilité un problème philosophique ; et pourtant, c'est un problème qui résiste à son incorporation à la philosophie ; non seulement il vient de la conscience mythique — ce qui n'a rien d'extraordinaire, puisque *tous* les problèmes philosophiques ont une telle origine ; cette prise de conscience est désormais un fait acquis, depuis A. Comte, les sociologues français et les phénoménologues de la religion — ; mais ce problème conserve une structure mythique et la transporte au cœur de la philosophie ; la genèse de l'irrationnel, semble-t-il, ne peut se produire philosophiquement, s'exhiber réflexivement que dans une représentation qui lie invinciblement un sens, une image et un récit». P. RICOEUR, *Culpabilité tragique et culpabilité biblique*, in *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, 4, 1953, pp. 285-307.

²⁹⁵ Kelsen fa riferimento a Durkheim: E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Alcan, Paris 1912, pp. 518 e ss., trad. it. a cura di C. Cividali (1963), rivista da M. Rosati per Meltemi, Roma 2005.

è pensabile nella mentalità dell'uomo primitivo, abituato a leggere gli eventi naturali come risultato – inevitabile ma non necessario²⁹⁶ – della volontà di dei o spiriti²⁹⁷, ciò è prodotto dalla progressiva espulsione teorica delle divinità²⁹⁸ dal meccanismo del *cosmos*. Il principio del contrappasso, cioè, subisce un processo di deoteologizzazione all'interno della concezione meccanicista del mondo, tanto da far apparire questa come la sola teoria adatta a dar conto della causalità:

Fino a quando esiste la nozione di un'autorità trascendente, dotata di ragione e di volontà, non si può distinguere la connessione fra colpa e punizione o merito e ricompensa, da una parte, dalla connessione tra causa ed effetto, dall'altra. In ambedue i casi la connessione è opera della volontà dell'autorità. Perciò non si può distinguere tra legge morale e legge naturale, finché ambedue sono considerate espressione della volontà divina²⁹⁹.

Ciò con un'importante differenza, da cui Kelsen non trae probabilmente le dovute implicazioni, che risiede nella totale disomogeneità tra la teologia greca e quella cristiana. Se, infatti, l'ineluttabilità dell'effetto era pensata, in Grecia, prevedendo una punizione in caso di inottemperanza della prescrizione divina («le Erinni, che amministrano la giustizia, lo scopriranno»), nella cristianità le

²⁹⁶ «Di conseguenza, l'inviolabilità e l'assoluta necessità della legge di natura non consistono tanto nel fatto che la natura, senza alcuna eccezione, obbedisce alla legge a cui è soggetta, quanto al fatto che non è assolutamente possibile evitare la reazione a una eventuale disobbedienza: la punizione di Dike, dea della giustizia, è inevitabile». KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 371.

²⁹⁷ È questa, ad esempio, l'interpretazione che Kelsen fornisce di un episodio occorso tra la popolazione dei Cafri: un uomo morì dopo aver staccato un pezzo di un'ancora. Se di questo accadimento è possibile fornire una lettura che ricostruisca in termini di legge generale l'accaduto (il contatto con l'ancora provoca la morte degli uomini), è al principio del contrappasso che bisogna far riferimento, non alla causalità. Gli uomini, dopo l'accaduto, hanno iniziato ad evitare l'ancora perché ad essa attribuivano volontà 'vendicative' nei confronti degli umani. «L'ancora, immaginata come una persona, si è vendicata dell'offensore, così come gli uomini si vendicano e sono autorizzati, se non costretti, a vendicarsi delle offese ricevute. Una simile interpretazione è anche una 'spiegazione', per quanto non si accordi con la legge di causalità. È una spiegazione solo in quanto fornisce una giustificazione normativa, la quale legittima un determinato modo di comportarsi». *Ivi*, p. 23.

²⁹⁸ Democrito, infatti, «non crede che l'universo sia stato costruito da un artefice». *Ivi*, p. 371. Kelsen marca bene il passaggio da Eraclito agli atomisti: «Eraclito aveva ancora una concezione analoga della legge di natura. Ma per gli atomisti essa non fu più una norma, non fu più l'espressione di una volontà divina. Divenne l'espressione di una necessità obbiettiva universale». *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ivi*, p. 381.

leggi naturali non sono nemmeno ipotizzate come suscettibili di trasgressione. Il divario tra società umane, in cui è evidentemente possibile la violazione della legge divina, e la natura si fa così incolmabile, rendendo assolutamente disomogenee le leggi di natura e le leggi poste dagli uomini. All'esaurirsi di questo processo il diritto perderà allora ogni necessità di giustificazione trascendente:

Quando l'interpretazione causale della natura si libera da quella normativa (che intendeva la natura come creazione di Dio, regolata dalla volontà divina) scompare dalla sfera della scienza l'antagonismo tra mondo empirico e mondo trascendente. Quindi non è più necessario immaginare un ordine naturale che stia dietro, o sopra, l'ordine positivo legale³⁰⁰.

E tuttavia, la nuova causalità reca con sé la traccia di quel passato di trascendenza, se è vero che anche nella moderna concezione scientifica – che prima di Hume non aveva osato mettere in dubbio la connessione ontologica tra causa ed effetto – l'inevitabilità dell'effetto è rivestita del carattere di una necessità ineluttabile.

Questa «intima connessione» tra causa ed effetto, residuo del principio del contrappasso, è del resto più che una mera ipotesi genealogica, dal momento che il termine greco *aitia* significa allo stesso tempo causa e colpa: «la causa è responsabile dell'effetto»³⁰¹ e la scienza moderna – seppure deteologizzata – conserva questa antica derivazione.

Con Hume, tuttavia, anche quest'ultima ascendenza sarebbe pronta ad esaurire i suoi effetti. Il merito di Hume sta, per Kelsen, non tanto «nell'aver messo in rilievo che non si può presumere una connessione necessaria di causa

³⁰⁰ *Ivi*, p. 403.

³⁰¹ *Ivi*, p. 375. Non sarebbe allora tanto la causalità umana a fornire il deposito di metafore personaliste di cui si nutre la causalità (come in Chrisholm, su cui si rimanda al primo capitolo), quanto un'interpretazione sociale dei fenomeni naturali che considerava uomini e cose agiti da spiriti e divinità.

ed effetto basandosi sull'esperienza (infatti a questa constatazione si era già giunti prima di lui)», quanto piuttosto «nel fatto che egli rinunciò a cercare la necessità del nesso causale nella volontà di Dio, e abbandonò sia questo criterio di ricerca, sia tutta la precedente concezione del principio di causalità»³⁰².

La crisi attuale del concetto di causalità sarebbe così da rintracciare, prima ancora che nella crisi dell'epistemologia, nella progressiva perdita di capacità esplicativa della religione sul reale. Questa sorta di rimozione del principio del contrappasso si inverte nella nozione di causa declinata in senso probabilistico³⁰³; l'indebolimento del nesso causale e della sua capacità ermeneutica apre a nuovi scenari:

la concezione moderna, che interpreta la legge naturale come un concetto di dipendenza funzionale, s'è svincolata dalla nozione più antica che concepiva la causalità come concatenazione di due avvenimenti di cui l'uno fosse immanente all'altro, senza possibilità di rovesciare l'ordine cronologico. Ora si prospetta la scelta fra due possibilità: o rinunciare a identificare questo più ampio concetto della legge naturale con quello della legge causale, poiché è meglio non parlare di causalità quando si tratti di eventi simultanei, e prospettare come leggi di natura leggi che non sono leggi di causalità; o, in armonia con l'evoluzione storica, vedere una modifica della legge di causalità nella moderna legge naturale, che implica la dipendenza funzionale di avvenimenti simultanei³⁰⁴.

Kelsen, invero, non si perita di presentare una lettura della (sua) contemporaneità. Fornito lo schema interpretativo che connette il principio del

³⁰² *Ivi*, p. 397.

³⁰³ «Tuttavia la realtà, così come appare ora alla conoscenza umana, non ammette una legge inviolabile come schema di interpretazione. Il pensiero scientifico considera giustamente rivoluzionaria la trasformazione del concetto di causalità, la cui ultima fase è rappresentata dalla sostituzione della necessità assoluta con la semplice probabilità statistica. Il significato della trasformazione sta in questo, che il concetto di causalità fu spogliato dell'elemento più importante, da cui era ancora gravato in quanto erede del principio del contrappasso: cioè dell'*Ananke*. *Ananke* è la necessità per cui *Dike*, dea del contrappasso, punisce i malfattori e nello stesso tempo mantiene la natura nel suo corso prescritto». *Ivi*, p. 398.

³⁰⁴ *Ivi*, pp. 388-389.

contrappasso alla legge di causalità, non è chiaro il destino che attende una società – e un pensiero giuridico – in cui la legge di causalità abbia subito una tale disarticolazione.

E se questo sembra essere il corollario inevitabile della deteologizzazione dell'ontologia – fattasi epistemologia – non è detto che ciò non conduca ad una fase successiva, se è vero che «il dualismo tra natura e società non costituisce certo l'ultima fase dell'evoluzione della scienza»³⁰⁵.

Il motivo della rievocazione di questa pagina kelseniana inizia a palesarsi con maggiore chiarezza. L'intima connessione tra causa e colpa, declinabile in termini di dualismo tra scienza e diritto, attraversa i luoghi della pratica giuridica sin qui esaminati: imputabilità e causalità.

Le vicende dell'imputabilità si prestano ad essere lette utilizzando i due poli concettuali individuati da Kelsen: dal modello nosografico a quello 'normativo' la nozione di infermità si è trovata ora oggetto di un appiattimento sulla legge di causalità, ora ostaggio del principio del contrappasso – nella forma della pretesa regolativa e qualificativa del diritto rispetto a nozioni *lato sensu* scientifiche. Questa oscillazione tende, con l'ingresso delle neuroscienze nel processo, ad un nuovo spostamento sul versante della causalità: le azioni dell'uomo – accedendo alla spiegazione scientifica di queste – sono disponibili ad una scansione che esibisce la 'causa' di ogni fenomeno³⁰⁶.

Così per la nozione di causa giuridicamente rilevante, che si è vista oggetto di riformulazione da parte di filosofie della scienza più o meno disponibili a concedere alla scienza stessa il potere di definire i modi secondo cui l'avvicendamento di taluni eventi – sui quali si innesta un'azione umana – trovino rilevanza per il diritto. Quanta certezza serve al diritto perché un soggetto risponda delle sue azioni?

³⁰⁵ *Ivi*, p. 403.

³⁰⁶ The '*fallacy of reverse inference*' è strategia che inferisce indebitamente dall'attivazione di taluni processi neurali il ruolo di antecedente causale esclusivo di un dato comportamento. R.A. POLDRACK, *Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?*, in *Trends in Cognitive Science*, 10, 2006, pp. 59-63.

Ancora un riferimento a *Società e natura* si rivela necessario per approntare una possibile interpretazione del modo di intendere oggi la responsabilità. In un mondo ‘primitivo’ come quello raccontato da Kelsen appare aproblematico, se non irrilevante, accertare la provenienza di un’azione da un tale agente. E non è un caso che Kelsen apparenti la deteologizzazione della legge di causalità a quella della pena, da attribuire – mediante il ricorso al deposito simbolico della tragedia³⁰⁷ – a chi ha agito volontariamente. Nessuna importanza aveva, prima di allora, la riferibilità di un’azione ad un agente. Nessun agente, nessun soggetto esisteva in un mondo in cui il ‘male’ era percepito come sostanza, e la colpa, anch’essa sostanzializzata, si propagava come malattia da un membro all’altro della comunità. La punizione non era pena, bensì riequilibrio per addizione/sottrazione di un ordine turbato.

Talvolta l’uccisione di un uomo colpevole di aver violato l’ordine non è considerata come vendetta da parte del soggetto a vario titolo incaricato, bensì come punizione sovranaturale. Chi uccide non è agente, ma è la “natura”, intrisa di forze soprannaturali ad agire secondo il principio del contrappasso³⁰⁸.

Questo apparentamento, solo incidentale nel lavoro di Kelsen, tra trasformazione della causa e della colpa nel segno della deteologizzazione, richiederebbe di essere esplicitato. Rovesciando il punto di osservazione, si direbbe che la colpa emendata dell’elemento teologico diventi individuale e cosciente proprio grazie al consolidamento della certezza del nesso di

³⁰⁷ Il riferimento è ovviamente allo scarto cui si assiste nell’Edipo a Colono, preannunciato dal destino di Oreste: «per un senso più acuto di giustizia vi si respinge l’idea della responsabilità obbiettiva, in base alla quale chi ha compiuto l’atto illecito è responsabile anche se le conseguenze del suo atto sono involontarie e imprevedute». E ancora: «come l’Oreste eschileo sfugge alla vendetta delle Erinni, perché alla vendetta del sangue si sostituisce la competenza di un tribunale, così le Erinni conservano la loro benevolenza verso Edipo perché alla responsabilità obbiettiva, cioè alla responsabilità del fatto in sé, si sostituisce la colpevolezza, cioè la responsabilità delle intenzioni». KELSEN, *Società e natura*, cit., pp. 311-312.

³⁰⁸ *Ivi*, p. 160.

causalità³⁰⁹, che rende prevedibili le conseguenze delle proprie azioni. E ciò sarà vero sino al paradosso della spiegazione scientifica messa in atto dalle neuroscienze: la fiducia nella prevedibilità del decorso causale, possibile solo entro una nozione forte di causa, si estende fino alle stesse radici dell'azione, analizzata e scomposta nei suoi meccanismi funzionali tanto da diventare essa stessa prevedibile. Ma la possibilità di prevedere le azioni – come negli esperimenti di Libet – rovescia il suo presupposto: la nozione di responsabilità individuale, consolidatasi non solo parallelamente ma grazie alla nozione di causalità, è revocata in dubbio proprio da quella nozione forte di causa che l'aveva resa possibile. La dicotomia tra colpa e causa, originatasi da un lemma unitario – *aitia* – si ricomporebbe sull'altro versante: l'interpretazione sociale della natura si trasmuta in interpretazione naturale della società, cosicché l'umana volontà – prima pensata come motore anche degli eventi naturali – viene assorbita dalla nozione di causa, che legge in termini di scambio di informazioni ogni azione umana.

È questa solo una possibile lettura del destino della causalità, che potrebbe essere confermata da una certa fiducia della capacità veritativa delle neuroscienze. E tuttavia, come si è cercato di dimostrare, quella tendenza della giurisprudenza ad adottare una lettura scientifica (meglio: scienziata) del mondo – processi fisici interni o esterni all'uomo – trova delle significative resistenze in quella perenne tendenza del diritto a farsi discorso autonomo, a presentare come alternativa alla razionalità calcolante la sua razionalità, declinata in termini di ragionevolezza.

³⁰⁹ Tuttavia, se pure si annodino di tal guisa i processi paralleli di costruzione della nozione moderna di responsabilità – certezza della causa funzionale all'accertamento della responsabilità soggettiva – non appare convincente il ruolo assolto dalla religione in tale costruzione. Senza dubbio potrebbe bene assolvere alla ricostruzione di Kelsen una certa rappresentazione della cristianità, in cui il rapporto tra uomini e cose non era pensato in termini di opposizione frontale, bensì di comune appartenenza all'orizzonte divino. La frattura della Seconda Scolastica (in special misura Francisco Suarez), ben rappresentata da Paolo Grossi, ha consegnato alla modernità la nozione di uomo come *dominus suorum actorum*, consolidando tanto il paradigma proprietario quanto quello della moderna nozione di responsabilità. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in ID. (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 16 – 19 Ottobre 1972, Giuffrè, Milano 1973, p. 136.

Giunti a questo punto resta da verificare quanto questa autonoma razionalità si faccia artificio, e quanto invece attinga da depositi più o meno esterni al diritto, come nella prospettiva di Hart.

Sarà questo l'oggetto del prossimo capitolo, indagato con particolare riferimento al pensiero filosofico-giuridico sulla responsabilità.

CAPITOLO III

Sommario: 1. Verso la ‘teoria della responsabilità – 2. Responsabilità artificiali – 2.1 Chi risponde? La responsabilità oltre l’umano – 2.2 Esercizi di filologia kelseniana – 3. Teoria dell’azione e nuovi naturalismi – 3.1 La teoria delle volizioni. Attualità di un modello? – 3.2 Un caso di pedofilia tra impulsi irresistibili e nuove identità – 3.3 Carattere, azioni, identità – 3.4 La teoria dell’azione: dall’interpretazionismo all’ontologia dell’evento anonimo – 4. Ragioni per agire. Responsabilità e razionalità pratica – 5. La responsabilità fondamentale come capacità.

1. Verso la ‘teoria della responsabilità’

Nel 1970, introducendo una raccolta di suoi precedenti saggi dedicati alla responsabilità giuridica, Joel Feinberg affermava la necessità di riconoscere una autonoma teoria della responsabilità, che si ponesse al crocevia tra etica, filosofia della mente e filosofia del diritto, e che avesse come scopo quello di definire concetti semanticamente pregni quali azione, causa, danno o colpa³¹⁰.

Le affermazioni di Feinberg non giungevano, tuttavia, inaspettate. Già Hart andava da tempo riflettendo sul tema della responsabilità giuridica, riconoscendo, come si è visto, anche l’imprescindibile contributo della teoria della causalità, e individuando per la stessa responsabilità un ‘contenuto minimo’³¹¹ di regole

³¹⁰ J. FEINBERG, *Doing and deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton 1970, p. vii.

³¹¹ Questo fa il pari con quel contenuto minimo di diritto naturale che Hart individuava già ne *The Concept of Law*: «la riflessione su alcune generalizzazioni molto ovvie (veri e propri “truismi”) riguardanti la natura e il mondo in cui gli uomini vivono, mostra che finché questi rimangono tali vi sono certe norme di condotta che ogni organizzazione sociale deve contenere se vuole essere vitale. Tali norme

identificative. Accogliendo il monito di Austin a valorizzare il ruolo delle scusanti per una migliore comprensione della responsabilità, Hart ha infatti promosso una “teoria delle scusanti basate sulla scelta”³¹², che postula una parziale corrispondenza tra le norme penali e quel «principio fondamentale della morale, per cui una persona non deve essere biasimata per quello che ha fatto se non poteva fare a meno di farlo»³¹³. Lo iato tra diritto e morale, già in parte colmato con la teoria della causalità del ‘senso comune’, subisce un ulteriore appianamento con l’affermazione di quei «vincoli che il pensiero morale e civile pone al perseguimento del fine utilitaristico, richiedendo che le pene non debbano essere inflitte all’innocente»³¹⁴.

La teoria della responsabilità di Hart cioè, come si avrà modo di osservare nel prosieguo di questo lavoro, si è rivelata l’occasione per ripensare alcuni postulati del positivismo giuridico, avviando un dibattito interno alla scuola oxoniense che resta a tutt’oggi fervido.

Nel *Poscritto a Responsabilità e pena* la teoria della responsabilità si arricchisce di ulteriori elementi: la celebre tassonomia della responsabilità offerta da Hart al dibattito filosofico giuridico è ancora punto di riferimento obbligato per gli studi sulla responsabilità. L’analisi semantica, così cara alla scuola analitica, fornisce in questo caso utili elementi. Nel *Poscritto* Hart espone la oramai paradigmatica storia del capitano, nel tentativo di dar conto delle differenti declinazioni assunte dal concetto di responsabilità:

costituiscono un elemento comune al diritto e alla moralità convenzionale di tutte le società che hanno progredito fino al punto in cui diritto e moralità convenzionale vengono distinti come forme diverse di controllo sociale (...). Tali principi di condotta universalmente riconosciuti che hanno una base in alcune verità elementari riguardanti gli esseri umani, il loro ambiente naturale e i loro scopi, possono essere considerati come il *contenuto minimo* del diritto naturale, in contrasto con le costruzioni più grandiose e discutibili che sono state spesso presentate sotto quell’etichetta». HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino 2002, pp. 224-225. Su come questa pagina del pensiero di Hart sia stata spesso indebitamente considerata accessoria dai suoi commentatori, si veda M. RICCIARDI, *Diritto e natura*, cit., pp. 25 e ss.

³¹² Così definita da M.S. MOORE, *Scelta, carattere e scusanti*, in F. SANTONI DE SIO (a cura di), *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 85.

³¹³ H.L.A. HART, *Responsabilità e pena* (1968), trad. it. Edizioni di Comunità, Milano 1981, p. 201.

³¹⁴ *Ivi*, p. 106.

Come capitano della nave, X era responsabile della sicurezza dei propri passeggeri e equipaggio. Ma durante il suo ultimo viaggio egli si ubriacò ogni sera, e fu responsabile della perdita della nave con tutto ciò che trasportava. Si disse che fosse pazzo, ma i medici ritennero che fosse responsabile delle proprie azioni. Per tutto il viaggio si comportò in modo del tutto irresponsabile, e vari incidenti nella sua carriera dimostrarono che egli non era una persona responsabile. Egli sostenne sempre che le eccezionali tempeste invernali erano responsabili per la perdita della nave, ma nelle azioni legali intraprese contro di lui egli fu dichiarato penalmente responsabile per il suo comportamento negligente e in azioni civili separate fu ritenuto legalmente responsabile per la perdita di vite e di beni. Egli è tuttora vivo, ed è moralmente responsabile della morte di molte donne e bambini³¹⁵.

Nella sistemazione classificatoria proposta da Hart a partire dalla storia del capitano, vengono individuati quattro significati riconducibili alla parola responsabilità. Questi sono:

- a) la responsabilità per ruolo: il ruolo delimita una sfera di responsabilità, producendo una serie complessa di obblighi – giuridici e morali – non necessariamente predeterminati;
- b) la responsabilità causale: il ruolo della volontarietà è in questo caso irrilevante. È la ‘responsabilità’ che si imputa alla tempesta per aver causato la perdita della nave;
- c) la responsabilità-soggezione, da intendersi come assoggettabilità a una conseguenza. In tal caso, le regole di attribuzione responsabilità riposano sulla soddisfazione di alcune condizioni, quali i criteri mentali o fisici, la connessione causale con il danno, la relazione con l’agente³¹⁶;

³¹⁵ H.L.A. HART, *Poscritto: responsabilità e retribuzione*, in *Responsabilità e pena*, cit., p. 240.

³¹⁶ È interessante notare come la diversità dei criteri di assoggettabilità a pena sia da Hart ricondotta alla prevalente immagine cartesiana: «Penso che la seguente immagine piuttosto cartesiana possa spiegare questo fatto. Se consideriamo una persona come una mente e una volontà incarnate, possiamo fare una distinzione tra due questioni che riguardano le condizioni di assoggettabilità alla punizione. La prima

d) La responsabilità-capacità.

Queste ultime pratiche di attribuzione della responsabilità assumono particolare rilievo nella riflessione hartiana, in quanto:

esse costituiscono il criterio più importante di responsabilità-soggezione morale, anche se è caratteristico della maggior parte degli ordinamenti giuridici che essi riconoscano solo parzialmente o tardivamente tutte queste capacità come criteri generali di responsabilità giuridica. Le capacità in questione sono quelle della comprensione, ragionamento e controllo della condotta: l'abilità di capire quale condotta richiedano le norme giuridiche o la morale, la capacità di porsi il problema e giungere ad una decisione a proposito di queste richieste e di rispettare le decisioni prese³¹⁷.

La valutazione di queste capacità, per Hart, seppur non più di tipo meramente artificiale come nel suo ripudiato scritto sull'ascrizione, è comunque imposta dalla necessità di attribuire responsabilità: «indubbiamente, se non ci fosse la pratica sociale di biasimare e punire la gente per i suoi misfatti, e di esentarla dalle pene perché non ha le normali capacità di comprensione e di controllo, non disporremmo di questa descrizione stenografica per descrivere la loro condizione che ora ricaviamo da queste pratiche sociali»³¹⁸. Hart riconosce anche che vi possano essere ordinamenti giuridici che incorporino solo alcuni dei criteri della responsabilità-capacità³¹⁹; e tuttavia in questa particolare accezione la responsabilità è condizione della stessa tenuta del sistema giuridico. Anche se non figura come condizione necessaria di assoggettabilità alle conseguenze

questione è quali tipi generali di condotta esterna (*actus reus*) o quale tipo di danno siano richiesti per la responsabilità. La seconda questione è quanto debbano essere strettamente connessi con tale condotta o danno la mente o la volontà incarnate di un individuo, per renderlo assoggettabile a pena». H.L.A. HART, *Poscritto: responsabilità e retribuzione*, cit., p. 250.

³¹⁷ H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., p. 256.

³¹⁸ *Ivi*, p. 257.

³¹⁹ L'abitudine di punire gli animali è evidentemente estranea al riconoscimento di criteri quali «comprensione, ragionamento e controllo della condotta».

giuridiche, infatti, «il generale possesso di queste capacità è una condizione dell'*efficacia* del diritto»³²⁰. Senza una generale capacità di comprendere la regola giuridica e di adeguare il proprio comportamento a questa, «nessun ordinamento potrebbe venire in esistenza o continuare ad esistere»³²¹.

Questa classificazione preliminare è stata richiamata non solo per dar conto dell'avvio di una riflessione specifica della filosofia del diritto anglosassone sulla responsabilità giuridica, ma anche per fornire alcuni dei concetti che di seguito si intenderà richiamare con l'intenzione di mettere alla prova i diversi approcci teorici. Come si è visto, i riferimenti all'imputabilità e alla causalità hanno reso manifesto il punto di osservazione privilegiata di questo lavoro: la dialettica tra dimensione descrittiva e prescrittiva operante all'interno del fenomeno giuridico subisce una forte accelerazione in quei luoghi della pratica giuridica inevitabilmente esposti alla pretesa veritativa della scienza. Tale complessa oscillazione verrà a questo punto assunta dalla teoria della responsabilità, per come si è autonomamente costituita, e messa ulteriormente alla prova della prassi giudiziaria.

2. Responsabilità artificiali

La consapevolezza di quanto questa dialettica influisca sul modo di intendere la responsabilità giuridica era già evidente in uno scritto del 1948 di Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, poi ripudiato dallo stesso Hart³²². In quella sede Hart intendeva prendere le distanze dall'approccio invalso nella filosofia dell'azione del suo tempo, a suo dire condiviso da larga parte della

³²⁰ *Ivi*, p. 258.

³²¹ *Ibidem*.

³²² Nella prefazione a *Responsabilità e pena*, infatti, Hart rende conto dell'espunzione del saggio del 1948, pure evidentemente affine al tema del volume, ritenendo le critiche ricevute persuasive. H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., p. 21. Le critiche a cui si riferiva Hart erano provenute da P.T. GEACH, *Ascriptivism*, in *Philosophical Review*, 1960, p. 221 e G. PITCHER, *Hart on Ascription and Responsibility*, *ivi*, p. 266.

scienza giuridica, secondo cui il momento attributivo della responsabilità dovesse passare per una necessaria fase descrittiva, di qualifica di taluni accadimenti alla stregua di azioni. Confortato dall'analisi del linguaggio ordinario – come da programma oxoniense –, Hart afferma che la funzione di proposizioni quali «L'ha fatto lui» sarebbe di tipo «ascrittivo»³²³, non potendosi risolvere il giudizio di responsabilità in una mera descrizione di elementi fisici e psichici³²⁴. Il ricorso, allora, a nozioni quali intenzione o volontà, al cd. elemento soggettivo del reato, non è in grado di liquidare tanto agevolmente il problema del riconoscimento dell'inevitabile e costitutiva artificialità del giudizio di ascrizione di responsabilità³²⁵, nella misura in cui è lo stesso concetto di azione – quale che siano i suoi elementi costitutivi (intenzione/volontà) – ad essere «un concetto ascrittivo e risolubile»³²⁶. In parziale continuità con la teoria ascrittivistica di Hart si pongono le riflessioni di Joel Feinberg³²⁷. Anche Feinberg, come Hart, riconosce la capacità del diritto di istituire pratiche di attribuzione di responsabilità autonome rispetto ad altri sistemi – tra tutti la morale –,

³²³ H.L.A. HART, *L'ascrizione di responsabilità e di diritti*, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p. 5. Il termine ascrizione risale a Strawson, che lo impiegava per riferirsi all'attività che consiste nell'allocazione di un oggetto in una categoria prevista da una classificazione. P.F. STRAWSON, *On Referring*, in *Mind, New Series*, vol. 59, 235, 1950, pp. 320-344. Termine utilizzato anche nel suo successivo ID., *Individuals: an Essay in Descriptive Metaphysics*, London, 1959, p. 37, trad. it. a cura di E. Bencivenga, *Individui. Saggio di metafisica descrittiva*, Milano, 1978.

³²⁴ Diversamente dall'approccio teorico tradizionale, sconfessato in questo scritto da Hart: «Così, vi è una ben nota massima, *actus non est reus nisi mens sit rea*, che ha dato ai giuristi (e talvolta anche ai giudici) l'occasione e la tentazione di costruire una teoria generale degli "elementi psichici" (*mens rea*) del reato: un tentativo che è logicamente insostenibile, appunto per il carattere risolubile ed alieno da possibilità di definizione, che i concetti giuridici, dei quali esso si serve, hanno di proprio». H.L.A. HART, *L'ascrizione di responsabilità*, cit., p. 15.

³²⁵ Artificialità che non significa arbitrarietà, se è vero che l'attribuzione di responsabilità dipende normativamente da pratiche sociali. Così, N. MAC CORMICK, *H. L. A. Hart*, Stanford University Press, 1981, p. 17.

³²⁶ *Ivi*, p. 27. Il termine inglese utilizzato è *defeasible*, che come Feinberg mette bene in evidenza, è mutuato da Hart dal diritto di proprietà inglese, per indicare «quei diritti patrimoniali, che sono soggetti a termine di validità o risoluzione in un certo numero di casi e a seconda di certe circostanze, ma che permangono validi, se quelle circostanze non si verificano». H.L.A. HART, *L'ascrizione di responsabilità*, cit., p. 10. Il traduttore (Vittorio Frosini) rende conto della scelta terminologica (*Ibidem*, nota 1) di risolubile per *defeasible* perché: «a) sebbene gli si possa accostare il termine italiano *revocabile*, mancava un termine corrispondente preciso; b) *defeasible* vuol dire, propriamente, che si può *disfare* (o risolvere); c) esso è inteso da Hart nel senso di *relativo*, e dunque opposto ad *assoluto*».

³²⁷ Sulla comune matrice di Hart e Feinberg si veda J. GARDNER, *Hart and Feinberg on responsibility*, in AA. VV., *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 122 e ss.

pronunciandosi così per il carattere normativo del nesso di imputazione, nell'indifferenza verso modelli di responsabilità non individuali e oggettivi. Riconoscendo la dipendenza di diverse pratiche di attribuzione di responsabilità da caratteristiche determinate della società, Feinberg afferma che il loro declino è dovuto alla trasformazione delle nostre società in senso meno 'solidaristico', non di certo ad una «eternal law of reason»³²⁸. Così si comprende anche la *querelle* che vide coinvolti Elisabeth Ascombe e lo stesso Feinberg, accusato dalla filosofa oxoniense di vieto positivismo, per aver definito il concetto di omicidio come concetto meramente giuridico³²⁹. Conformemente alla sua visione normativista, infatti, ciò che consente al giudice di qualificare l'uccisione di un uomo come omicidio è l'esistenza di previe statuizioni normative, che rendono tanto più evidente l'impossibilità di qualificare in senso descrittivo l'omicidio quanto più il caso si presenta come 'difficile'³³⁰:

³²⁸ J. FEINBERG, *Collective responsibility*, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 65, 21, Sixty-Fifth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division (Nov. 7, 1968), p. 680. Più diffusamente: «In summary, collective criminal liability imposed on groups as a mandatory self-policing device is reasonable only when there is a very high degree of antecedent group solidarity and where efficient professional policing is unfeasible. Furthermore, justice requires that the system be part of the expected background of the group's way of life and that those held vicariously liable have some reasonable degree of control over those for whom they are made sureties. It is because these conditions are hardly ever satisfied in modern life, and not because individual liability is an eternal law of reason, that collective criminal responsibility is no longer an acceptable form of social organization». *Ibidem*.

³²⁹ Così la Anscombe: «Il termine omicidio fornisce una descrizione complessa e complicata di una certa azione. Una sua descrizione soddisfacente dovrebbe comprendere "l'uomo nella sua interezza": la capacità di azione che gli è propria, il suo essere sociale, il suo possesso di leggi, al sua soggettività morale e il suo valore mistico». E. ANSCOMBE, *Prolegomeno all'elaborazione di una definizione di "omicidio"*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, cit., p. 79. La Anscombe argomenta la sua contrarietà ad una definizione puramente giuridica di omicidio col fatto che esiste «evidentemente un concetto morale di omicidio». Di talché se di omicidio illecito vorrà parlarsi, ciò sarà possibile solo a patto di considerare un'accezione molto ampia di illecito, in cui il parametro violato, in ultima istanza, si sostanzia nel «concetto di ciò che un uomo ragionevole considererebbe ragionevole». *Ivi*, p. 78.

³³⁰ «In problematic cases legal responsibility is something to be decided, not simply discovered. Should we or should we not hold the defendant liable for the harm? That is the proper form of the question, and it does not help to say in reply to it: "Determine first whether he is responsible in fact for the harm, and then hold him responsible if and only if he *really* is responsible". For even when all the facts which can be discovered, the problem of responsibility in these difficult cases remains a logically open and controversial question». J. FEINBERG, *Problematic Responsibility in Law and Morals*, in *Doing and Deserving*, cit., p. 27. Sulla distinzione tra casi facili e casi difficili si rimanda necessariamente a Dworkin, e al dibattito critico sorto intorno a tale distinzione, che si basa su assunzioni non giustificate. Come è stato messo in rilievo, infatti, parlare della diversa attività interpretativa che grava sul giudice a seconda che questi debba affrontare un caso facile o uno difficile, presuppone una previa distinzione, non scontata, tra casi facili e casi difficili, già esercizio della capacità di giudizio dello stesso giudice.

The only way a juryman can decide in these cases whether a “killing” has taken place (quite apart from additional questions about justification and excuse) is to apply an authoritative legal rule, itself expressing either an important social policy – for example, the infant abandonment is to be discouraged by the strongest possible means – or else an arbitrary “drawing of the line”, as in Lord Coke’s year-and-a-day rule³³¹.

Ma è proprio questa distinzione concettuale tra situazioni problematiche e non a marcare la distanza con l’ascrittivismo di Hart. Discutendo del celebre saggio di Hart, Feinberg riconosce sì l’artificialità del giudizio ascrittivo, e la sua idoneità a dar conto del giudizio di attribuzione di responsabilità giuridica, tuttavia esclude l’identificazione tra ascrizione causale e ascrizione di responsabilità nei casi di *simple agency*³³². Nelle azioni ‘semplici’, afferma Feinberg, non abbiamo bisogno di ricorrere sempre a parametri normativi, a meno di non voler incorrere in un «*infinite regress*» e scatenare un «*conceptual chaos*»³³³. Anche in questo caso, tuttavia, l’ascrizione conserva la sua rilevanza nelle questioni che attengono all’identificazione dell’agente. Ciò porta a riconoscere un punto di particolare interesse (e di distanza rispetto a quella fase di Hart), che annette la suscettibilità di un’azione ad essere predicata in termini di ascrizione o descrizione al ‘contesto’ di riferimento. Ritenere, cioè, sempre ascrittive le proposizioni di azione misconosce la duplicità di piani rappresentativi delle azioni:

³³¹ J. FEINBERG, *On Being “Morally Speaking a Murderer”*, in ID., *Doing and Deserving*, cit., p. 43. «For to kill someone is to cause his death, and when the action of the defendant was only one of many important causal factors in the death of the victim, it can be difficult – and without the guidelines provided by precise legal rules, impossible – to know whether it can be selected out as the cause of the death». *Ibidem*.

³³² *Ivi*, p. 135.

³³³ *Ivi*, p. 136. Come si è visto, anche il semplice movimento di un dito è stato ‘problematizzato’ dalle neuroscienze, ma l’impressione che si ricava dalla lettura di Feinberg è che il diritto dovrebbe arrestarsi prima di sollevare il velo su questo tipo di questioni.

It was very important to Hart in his original article to argue that action sentences are typically “ascriptive” rather than “descriptive”. But this is a confusion. Any kind of action sentence can be used either descriptively or ascriptively. We describe a person’s actions when we have been considering that person and wondering what he did – when the question before our minds is not “Who did it?” but rather “What did he do?”³³⁴

Utilizzando tale approccio teorico, i momenti della pratica giuridica sin qui richiamati troverebbero agevole soluzione: proprio contro il riconoscimento di una normatività insita nella natura, con conseguente pretesa regolativa sul diritto, si potrebbe utilizzare l’argomento di Hart, che riconosce la costitutiva normatività del giudizio di responsabilità. Di talché, poco importerebbe al diritto, che nella fase ascriviva si nutre di regole artificialmente costruite, il fatto che un’azione non sia ‘veramente’ appartenente al soggetto imputato, perché il concetto di libero volere non esiste nella descrizione neuroscientifica offertaci da Libet. Fintantoché si struttura come giudizio meramente ascrivivo, la responsabilità non richiede la verifica naturalistica di un elemento soggettivo variamente configurato.

Del resto, come è stato osservato anche da Kelsen, la pratica di considerare responsabili le forze della natura, esemplata dal ricorso a processi contro animali e cose³³⁵ indizia di quella storicità del concetto di azione non imbrigliabile una volta per tutte nelle maglie del discorso oggettivante della scienza.

Parimenti – accedendo alla opzione teoria espressa da Hart nel saggio del 1948 – del nesso di causalità dovrebbe essere riconosciuto il carattere puramente

³³⁴ J. FEINBERG, *Action and Responsibility*, in *Doing and Deserving. Essays in th Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton 1970, p. 137. Il saggio era stato precedentemente pubblicato in M. BLANCK, *Philosophy in America*, George Allen & Unwin, London 1965, pp. 134-160.

³³⁵ I processi agli animali furono del resto pratica frequente nel Medioevo. Su questo si veda almeno EVANS 1905: E.P. Evans, *Animali al rogo. Storie di processi e condanne contro gli animali dal Medioevo all'Ottocento* (1905), Editori Riuniti, Roma 1989.

normativo, ascrittivo, così da escludere l'appalto esclusivo alla scienza nel giudizio – in questo caso inevitabilmente descrittivo – di responsabilità.

L'interpretazione comunemente riferita a questo scritto di Hart, dunque, è nel senso di una totale virtualizzazione del nesso di imputazione, come a dire che non potendosi riconoscere un momento descrittivo oggetto di disvelamento nella fase del giudizio, questo debba sempre tradursi in arbitrio.

E tuttavia, il dato che è opportuno sottolineare, attiene soprattutto – e sin da ora, come si vedrà – al riconoscimento della dimensione storica (si sarebbe tentati di dire 'istituzionalistica') della responsabilità:

Sebbene naturalmente accada che non tutte quelle regole, secondo le quali noi ascriviamo delle responsabilità nella società in cui viviamo, siano rispecchiate nei nostri testi di legge, o viceversa, sta di fatto che il nostro concetto di azione, come quello di proprietà, è un concetto di natura sociale, che dipende logicamente da certe regole di condotta generalmente accettate³³⁶.

E ciò è confortato dal ricorso – in accoglimento del monito austiniiano – all'analisi delle scusanti che, delineando un concetto di responsabilità e di azione 'per sottrazione', comprendono al loro interno anche delle regole che nulla hanno che vedere con una qualche definizione di azione. A chi obietasse che anche le scusanti sono suscettibili di una definizione in termini di mancanza di intenzione, cosicché comunque di elemento soggettivo – suscettibile di essere descritto – dovrebbe parlarsi, si potrebbe opporre il risolutivo argomento di Hart:

Se io miro ad un bersaglio, e il forte vento fa deviare la mia pallottola, sicché essa colpisce un uomo, si dirà che io l'ho ucciso per caso

³³⁶ E ancora: «Esso è, nel suo carattere fondamentale, non già descrittivo, ma ascrittivo; ed esso è un concetto risolubile, che va definito facendo ricorso piuttosto ad un insieme di eccezioni, che ad un insieme di condizioni necessarie e sufficienti, fisiche e psicologiche». H.L.A. HART, *L'ascrizione di responsabilità*, cit., p. 29.

fortuito; ma se io tiro ad un bersaglio, lo colpisco, e la pallottola rimbalza e colpisce un uomo, non si dirà in alcun caso che si tratti di una mia azione. Eppure in nessuno dei due casi si può dire che io abbia avuto intenzione, o che io mi sia disposto a fare, ovvero che io abbia desiderato che accadesse ciò che in effetti è accaduto³³⁷.

L'ascrittivismo di Hart è dunque potenzialmente in grado di ricomprendere in amplissimi confini le pratiche di attribuzione della responsabilità, fintantoché, ovviamente, queste saranno regolate dal diritto.

Un tale approccio di tipo artificialistico è quello che solitamente si attribuisce anche – e prima ancora – a Kelsen, non a caso da molti attualmente invocato per giustificare teoricamente nuove necessità di attribuzione della responsabilità: da quella più risalente delle persone giuridiche a quella ancora in via ipotetica dei robot.

I lineamenti della responsabilità tracciati da Kelsen sono in continuità con quanto sino ad ora riportato, come si legge nella celebre definizione di illecito:

illecito è quel determinato comportamento dell'uomo, che nella proposizione giuridica viene posto come la condizione, per cui si rivolge contro di esso l'atto coattivo posto nella proposizione stessa come conseguenza. Se (come negli ordinamenti giuridici primitivi o nel caso di illecito imputato a una persona giuridica) la conseguenza dell'illecito è riferita ad una persona diversa da quella che lo ha commesso, ciò avviene sempre e soltanto sul presupposto che, tra le sue persone, sussista un rapporto qualsiasi ammesso dal legislatore, sia esso reale o fittizio³³⁸.

³³⁷ *Ivi*, p. 32.

³³⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2000, p. 67.

Consequente con il proposito della depurazione della sua teoria generale da influssi provenienti da più parti³³⁹, Kelsen confina i concetti giuridici – anche quelli di responsabilità e imputazione – nella dimensione del *Sollen*, espungendo l'uomo, oggetto di legittima descrizione da parte altri saperi e di altre pretese normative, da questa speciale tecnica di qualificazione giuridica. Il punto richiede di essere ulteriormente specificato. Ma prima ancora, è opportuno rilevare come in più luoghi Kelsen abbia ribadito con fermezza la sua idea di responsabilità. Ne *La Giustizia Costituzionale*, ad esempio, dove rende chiaro il nesso artificiale che il diritto instaura perché talune azioni vengano ‘accertate’ giuridicamente:

il rapporto designato come ‘imputazione’ collega una determinata fattispecie del comportamento umano con l'atto di coazione che caratterizza il diritto e in tal modo qualifica il primo come ‘illecito’.[...] Se nel linguaggio comune si afferma che un fatto determinato, un dato comportamento è imputato a determinati individui, si tratta di una espressione abbreviata, spiegabile con vari motivi³⁴⁰.

Non appare inconsequente, allora, il fatto che Kelsen riconosca piena legittimità alla responsabilità obiettiva, purché – come intuibile – l'attribuzione di responsabilità verifichi un nesso normativo esistente (valido).

Responsible (liable) for the delict is the individual, or are those individuals, against whome the sanction is directed, even if it is not his or their behaviour, but his or their legally determined relation to the

³³⁹ Criticando l'approccio metodologico spurio dei giuristi del XIX e XX secolo, infatti, Kelsen li accusa di indebite commistioni con la psicologia, con la biologica, l'etica e la teologia. Ed è di assoluta attualità, contro certe tendenze odierne, il richiamo ai giuristi: «Oggi non esiste quasi più una scienza speciale nella quale il giurista non si creda competente; anzi, egli crede di poter accrescere la sua fama scientifica col prendere appunto in prestito elementi da altre discipline. Con ciò, naturalmente, la vera scienza giuridica va perduta». *Ivi*, p. 47.

³⁴⁰ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981, p. 98.

delinquent, which is the condition of the sanction being directed against him or them³⁴¹.

Ciò è comprovato anche dalla possibile scissione ipotizzata da Kelsen tra obbligo e responsabilità. Nella *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, infatti, Kelsen discute criticamente la posizione di Austin a proposito dell'identificazione tra soggetti titolari dell'obbligo e soggetti responsabili. Per Austin, dal momento che la sanzione è un comando rivolto al trasgressore, è questi – chi cioè ha violato un obbligo – a dover sopportare il peso della sanzione. Per contro, e conseguentemente alla sua visione normativista, Kelsen immagina come disgiunti titolare dell'obbligo e destinatario della sanzione, sempre fintantoché tale duplicazione di soggetti sia prevista dalle forme giuridiche.

Sul rapporto tra obbligo e responsabilità Kelsen era già intervenuto nei *Lineamenti*, dove la responsabilità era definita come una specie particolare di obbligo:

Se l'atto coattivo si rivolge contro un uomo diverso da quello il cui comportamento costituisce la condizione della conseguenza dell'illecito e in questo senso forma il contenuto dell'obbligo, allora si può parlare di responsabilità e quindi differenziare i concetti di obbligo e di responsabilità in modo che la responsabilità si presenti come una specie particolare di obbligo³⁴².

Del resto, anche nelle evoluzioni più recenti del normativismo la responsabilità è pensata come 'compenteza', attribuita da una norma dunque, che

³⁴¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (NJ) 2006, p. 69.

³⁴² H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 83

non consente di naturalizzare l'esclusione della responsabilità per insanità e minore età³⁴³.

Nessun dubbio, allora, rispetto a tali note pagine kelseniane, dalle quali agevolmente si evince una visione costruttivista dei modi di attribuzione della responsabilità. E tuttavia, in base a talune recenti letture, non sono solo i modi attraverso i quali di un'azione è tenuta a rispondere un soggetto ad essere passibili di costruzione giuridica, bensì anche i soggetti, umani e non.

2.1 *Chi risponde? La responsabilità oltre l'umano*

I casi richiamati nei primi due capitoli non esauriscono il novero delle situazioni limite di attribuzione della responsabilità. L'avanzamento delle scienze biologiche e della fisica sono stati sino ad ora i percorsi entro cui la responsabilità giuridica è stata messa alla prova. E tuttavia lo sviluppo delle ICT ha dato l'avvio ad un analogo processo trasformativo per l'istituto della responsabilità.

La responsabilità dell'*internet service provider*, ad esempio, ha dato molto da pensare ai giuristi dell'ultimo ventennio, che hanno costituito un *corpus* di regole consolidate – a livello europeo – in una prima direttiva (2000/31/CE³⁴⁴). Il problema tuttavia supera la rilevanza europea, se è vero che molti dei casi maggiormente controversi hanno visto coinvolte piattaforme di paesi non europei – tra tutti gli Stati Uniti – in possesso di una legislazione notoriamente di favore

³⁴³ Così Gardner, descrivendo il pensiero di Feinberg sul punto: «Dogs, infants, and lunatics lack the competence to commit murder in the same way that ... a citizen may lack the legal 'standing' to become a plaintiff when his personal interests have not been directly hurt». J. GARDNER, *Hart and Feinberg on Responsibility*, cit., pp. 126-127.

³⁴⁴ La direttiva comunitaria è stata recepita dal d. Lgs. n. 70 del 2003, che all'art. 16 stabilisce le ipotesi di esclusione della responsabilità per il prestatore di servizi della «società di informazione» a condizione che non sia a conoscenza dell'attività illecita, e che, una volta a conoscenza, abbia agito per la rimozione del contenuto illecito o per disabilitare l'accesso.

per i mediatori di contenuti on-line³⁴⁵. Questo il motivo del clamore suscitato da episodici provvedimenti di condanna del *provider*, come la sentenza del Tribunale di Milano sul caso Google-Vivi Down³⁴⁶, poi riformata in secondo grado.

La vicenda, invero complessa, sarà richiamata ai fini specifici della eventuale verifica empirica dell'approccio teorico sin qui descritto.

I fatti riguardavano l'immissione sulla piattaforma *on line* di un video gravemente offensivo nei confronti di persone affette da sindrome di Down. Il Tribunale di Milano aveva in primo grado assolto i dirigenti per il concorso in reato di diffamazione, condannandoli tuttavia per altro reato, ovvero quello di trattamento illecito di dati personali. L'argomentazione dei giudici di prime cure passava per la configurazione di una posizione di garanzia – dichiarata non esistente per il più grave reato di diffamazione – in capo ai dirigenti Google, «in quanto funzionalmente incardinati nei loro rispettivi ruoli amministrativi e gestionali delle società in questione»³⁴⁷, ritenuti dunque responsabili perché le misure da essi poste in essere per informare gli utenti circa gli obblighi derivanti dalla legge sulla privacy non costituivano condotta sufficiente. Nascondere le informazioni su tali obblighi all'interno di «condizioni generali di servizio» era

³⁴⁵ Il tema, dunque, coinvolge più profili di sicuro interesse per il filosofo del diritto: rapporti tra diversi ordinamenti *in primis*, ma anche la capacità regolativa del diritto nei confronti di settori – come internet – dotati di una propria normatività, esibita sotto forma di pretesa. Si pensi alla dichiarazione del Cyberspazio. Sul punto *ex multis*, S. RODOTÀ, *Una rete per i diritti*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 378 e ss. in cui l'A. mette a punto riflessioni di lungo corso (dello stesso Autore si veda almeno ID., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 2004). N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.

³⁴⁶ IV Sezione del Tribunale di Milano, sentenza n. 1972, 12 aprile 2010, pubblicata in *Giur. mer.*, 9, 2010, pp. 2232 e ss., nonché in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, pp. 474 e ss. (I riferimenti alle pagine sono da intendersi per questa ultima sede di pubblicazione). Per un commento alla sentenza si veda A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, pp. 779 e ss., F.G. CATULLO, *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*, *Giur. mer.*, 1, 2011, pp. 159 e ss.. Una posizione di netta censura è stata espressa da Stefano Rodotà a più riprese: «L'Italia aveva assunto un ruolo di punta nel dibattito internazionale affermando che *internet* non richiede strumenti di tipo penalistico, ma una Costituzione, un "*Internet Bill of Rights*". Nell'ultimo periodo, il governo ha abbandonato questa linea, manifestando iniziative di tipo censorio. Ora questo clima potrebbe essere rafforzato da una lettura sbrigativa della sentenza e anche da un'eventuale motivazione del tribunale che non tenesse conto della natura della rete. Ogni giorno su YouTube o su Facebook vengono introdotti centinaia di migliaia di contenuti, e questo esclude possibilità di controlli preventivi come quelli previsti su stampa, radio e tv». *Google, l'allarme di Rodotà: sentenza non diventi censura*, Repubblica, 25 febbraio 2010.

³⁴⁷ Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, parte seconda, punto secondo, ultimo capoverso, p. 490.

stato giudicato comportamento «improntato ad esigenze di minimalismo contrattuale e di scarsa volontà comunicativa», tanto da apparire alla stregua di «precostruzione di alibi». Diversa la posizione assunta, come si diceva, sul capo di imputazione relativo alla diffamazione, rispetto al quale il Tribunale si era pronunciato negativamente per la difficoltà di ravvisare un obbligo giuridicamente fondato di predisporre un'attività di filtraggio di tutti i dati immessi in rete³⁴⁸.

Nel 2013 la sentenza di Appello³⁴⁹ ha confermato l'assoluzione per il reato di diffamazione, e assolto gli imputati anche per il reato oggetto della condanna in primo grado. A tal proposito il giudice di seconda istanza si è pronunciato per l'insussistenza assoluta della posizione di garanzia, necessaria affinché sia configurabile un obbligo giuridico di impedire l'evento, sia con riguardo al reato di diffamazione, sia per il reato di trattamento illecito di dati personali³⁵⁰.

È necessario, giunti a questo punto, rendere esplicite le ragioni di un tale richiamo. La teoria normativista – in particolare il formalismo kelseniano – è stata spesso invocata per la sua capacità di fornire una giustificazione teorica alla pretesa regolativa del diritto sulla tecnologia³⁵¹. Per la teoria della responsabilità questo si tradurrebbe nella possibilità – oltre a quella già verificata di prescindere

³⁴⁸ «Non esiste a parere di chi scrive, perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti web, e non appare possibile ricavarlo *aliunde* superando d'un balzo il divieto di analogia in *malam partem*, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale», Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, p. 488. Diversamente, la posizione del p.m., che si richiamava alla posizione espressa dalla Cassazione sul noto caso *Pirate Bay*. In quella sede (Sez. III Penale, sent. 23 dicembre 2009, n. 49437), che aveva ad oggetto la tutela di diritti di proprietà intellettuale, la Suprema Corte aveva affermato la possibilità di concorso del *provider* nel reato contestato agli *uploaders*, qualora il primo non si limitati alla mera «messa a disposizione del protocollo di comunicazione», ma compia attività ulteriori – quali la indicizzazione dei contenuti inseriti – che indizino l'esistenza di un potere di controllo e di effettiva conoscenza dei dati veicolati.

³⁴⁹ Corte di Appello di Milano – Penale, sent. 27 febbraio 2013, n. 8611, pubblicata in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2013, pp. 479 e ss.

³⁵⁰ In quest'ultimo caso, oltre a rilevare il difetto dei presupposti perché sia configurabile la posizione di garanzia, la Corte constata anche la mancanza del dolo specifico (il fine di trarne profitto), non essendo sufficiente la generica finalità di lucro perseguita nella totalità della sua attività da Google.

³⁵¹ Irti qualifica il formalismo kelseniano alla stregua di «metodo più coerente con la latitudine della tecnica e dell'economia». N. IRTI, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 60.

da nozioni naturalistiche quali causa e volontà – di includere anche macchine, più o meno ‘intelligenti’, nel percorso di attribuzione di responsabilità.

Le piattaforme – alla stregua di Google – che raccolgono e trasmettono dati su internet in modo variamente attivo sono un caso esemplare. Il riferimento a internet, sia detto per inciso, costituisce un ulteriore elemento di complessità³⁵², laddove internet stesso è da alcuni visto come strumento di potenziamento espressivo delle libertà, tra tutte quella di manifestazione del pensiero. Di talché, un approccio censorio nei confronti della rete, seppur motivato dalla necessità che tale libertà non sconfini nella offesa di altri diritti costituzionalmente rilevanti, potrebbe avere l’effetto di scoraggiare i prestatori di servizi della società dell’informazione al mantenimento di tali possibilità espressive (*chilling-effect*). In questo senso può essere interpretata la preoccupazione manifestata dai giudici di Milano, che non hanno esitato a censurare la «sconfinata prateria di Internet dove tutto è permesso e niente può essere vietato pena la scomunica mondiale dal popolo del web»³⁵³.

Dunque il primo profilo di immediato rilievo è il confronto-affronto tra due sistemi normativi – internet, assunto come declinazione della tecnica, e il diritto – che coinvolge altro tema, tangente e di maggiore pertinenza ai fini di questo lavoro: la possibilità di pensare come agenti coinvolti nel processo di attribuzione di responsabilità giuridica soggetti artificiali.

In questo senso rilevano le argomentazioni sollevate dalla Corte di Appello di Milano. Pur potendo qualificare Google come *hoster attivo*³⁵⁴, dunque fuori da ogni pretesa di neutralità, il controllo richiesto per impedire l’evento offensivo sarebbe qualitativamente inesigibile, non potendo un *provider* esercitare una

³⁵² Per una prima ricognizione sociologica degli effetti di internet sulla nostra cultura si veda M. CASTELLS, *Galassia Internet*, Feltrinelli, Milano 2007.

³⁵³ Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, parte seconda, punto secondo, p. 488.

³⁵⁴ «Orbene, tutti gli elementi valutati nel caso – la possibilità del filtraggio, della rimozione, dell’individuazione di contenuti tramite parole chiave, dell’indicizzazione dei contenuti e della eventuale utilizzazione a fini pubblicitari – portano a ritenere che Google Video non possa che essere qualificato quantomeno come un *hosting* attivo». App. Milano, 27 febbraio 2013, p. 498.

verifica «semantica e contenutistica» sui dati personali divulgati³⁵⁵. Il punto è di particolare rilievo, ponendosi in stretta connessione con altra fattispecie degna di nota, che – per gradi progressivi verso l’automazione – condurrebbe alla possibilità di superare il riferimento all’umanità nell’individuazione del soggetto responsabile.

È il caso della funzione “*AutoComplete*” prevista da Google, questa volta nella veste di motore di ricerca, che consente di associare – mediante un algoritmo che propone le combinazioni maggiormente utilizzate – ad un lemma immesso dall’utente altri generati automaticamente. I casi di fronte ai quali i giudici – soprattutto italiani, francesi e tedeschi³⁵⁶ – si sono trovati a saggiare i confini dell’ascrizione di responsabilità, concernono l’impropria associazione tra il nome di un utente e termini variamente offensivi. A chi attribuire il comportamento automatico generato dal motore di ricerca, atteso che la difesa di Google evidenziava una mera connessione statistica tra dati immessi dagli stessi utenti?

Le questioni sono ben lungi dall’essere risolte, aprendo invero spazi all’emersione della terza fase – come si diceva, in ordine di progressività nell’automazione – di difficile configurazione di responsabilità, quella dei robot³⁵⁷.

³⁵⁵ «La valutazione dei fini di un’immagine all’interno di un video in grado di qualificare un dato come sensibile o meno, implica un giudizio semantico e variabile che certamente non può essere delegato ad un procedimento informativo». Tribunale di Milano, 12 aprile 2010.

³⁵⁶ Il 14 maggio 2013 la Corte Suprema Federale Tedesca ha sancito l’obbligo per il *provider* di rimuovere le associazioni di parole offensive dell’onore e della reputazione del soggetto interessato (in questo caso, al nome proprio venivano associati i termini *truffa* e *Scientology*, rispetto ai quali l’istante asseriva la sua estraneità totale), a seguito della segnalazione. La responsabilità di Google per il *Bundesgerichtshof* è dunque da imputarsi all’omissione dell’adozione di misure idonee a impedire la generazione di informazioni lesive di altrui diritti. La decisione è pubblicata in traduzione italiana ne *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 3, 2013, pp. 541 e ss. A distanza di pochi giorni dalla pronuncia della Corte Federale, anche i giudici italiani si sono trovati ad affrontare un caso simile (Tribunale di Milano, sez. I civile, ordinanza del 23 maggio 2013), pronunciandosi per la natura ‘attiva’ del *provider*, in quanto il servizio *AutoComplete* «esula da quello di semplice memorizzazione passiva delle inomrazioni e realizza associazioni di parole grazie a sistemi – algoritmi matematici – pacificamente ideati, elaborati e adottati dal motore di ricerca». Un commento alla sentenza è in G. GIANNONE CODIGLIONE, *Funzione «AutoComplete» e neutralità del prestatore di servizi*, ne *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 3, 2013, pp. 547 e ss.

³⁵⁷ Su questo si veda il recente volume di U. PAGALLO, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London 2013.

L'ipotesi, in realtà, è tutt'altro che remota. Il sistema chirurgico "Da Vinci" è ad oggi una realtà in molte strutture sanitarie americane: il robot Da Vinci è utilizzato per effettuare operazioni chirurgiche «delicate e complesse», quali la prostatectomia, realizzando felicemente l'intervento nel 97.4 % dei casi³⁵⁸.

Come prevedibile, quella percentuale di errore del 2.6% si è già verificata, sollevando questioni giuridiche solo in parte inedite. Nel caso *Mracek vs. Bryn Mawr Hospital* il sig. Mracek, danneggiato da un malfunzionamento del robot durante l'intervento chirurgico, aveva convenuto in giudizio sia l'ospedale che il produttore del Da Vinci, asserendo un collegamento causale tra il danno riportato e il cattivo funzionamento dell'automa. Tale pretesa è stata respinta per tutti e tre i gradi di giudizio³⁵⁹, per una questione invero assorbente rispetto alla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio: la mancata prova del nesso di causalità³⁶⁰.

Ma *quid iuris* se il sig. Mracek avesse correttamente assolto all'onere probatorio e i giudici avessero giudicato esistente il nesso di causalità? Secondo la ricostruzione di Pagallo, limitatamente a questo aspetto condivisibile, il caso non esulerebbe dai comuni criteri di attribuzione di responsabilità oggettiva fondata sulla pericolosità dell'attività. La vicenda, cioè, non sarebbe in grado di mettere alla prova le regole consolidate di responsabilità. Al più sarebbe ben esemplificativa della possibilità di articolare in modalità 'artificiali' il meccanismo di imputazione, considerando l'automata quale fonte dell'altrui responsabilità (intesa nel senso di *liability*). E tuttavia questa ipotesi spinge ad

³⁵⁸ «First, we have the da Vinci surgical system that, according to the website of its manufacturer, Intuitive Surgical, "enables surgeons to perform delicate and complex operations" such as prostatectomy procedures, "through a few tiny incisions with increased vision, precision, dexterity and control." Work in the Mechanical Failure Rate of da Vinci Robot System shows that only 9 out of 350 procedures (2.6 %) could not be completed due to device malfunctions». BORDEN L.S., KOZLOWSKI P.M., PORTER C.R., CORMAN J.M., *Mechanical failure rate of Da Vinci robot system*, in *The Canadian Journal of Urology*, 14, 2007, p. 3485.

³⁵⁹ Il caso è ricostruito in U. PAGALLO, *The Laws of Robots*, cit., pp. 91 e ss.

³⁶⁰ Così, infatti, la Corte americana: «Mracek contends that an expert report is not necessary because the surgeon who performed his operation, Dr. McGinnis, will testify at trial concerning not only his pre- and postoperative medical condition, but also the malfunction of the da Vinci robot. Mracek maintains that the defect of the surgical robot is obvious because all of its component parts shut down after repeatedly flashing "error" messages, and then was not able to be restarted once the surgery commenced. Mracek argues that it is not necessary for him to produce an expert report for a finding of an obvious defect, as such a defect is not beyond the purview of a layperson when presented with this factual record (District Court of Philadelphia, Judge R. Kelly, case 08-296 from March 11, 2009, cit., 6).

interrogarsi su altri possibili scenari che è ragionevole attendersi. Quando (e se) l'interazione tra umani sarà non solo mediata ma parzialmente sostituita da quella con altri e più autonomi robot³⁶¹, sarà ancora possibile far transitare categorie tradizionali verso il *Brave New World*?

Se per alcuni sarà necessario operare una ulteriore formalizzazione di talune nozioni giuridiche in cui permangono riferimenti naturalistici all'umano, senza tuttavia attribuire loro 'posizioni normative'³⁶², per altri sarà necessario riconoscere la responsabilità dei robot, al fine di evitare che conseguenze dannose, riconducibili a soggetti diversi dagli uomini ma comunque agenti, gravino indebitamente sugli uomini³⁶³. In questo caso la strategia operativa individuata, che passa per l'utilizzo del medesimo argomento declinato in chiave storico-giustificazionista, è la previsione di un *peculium* in capo al robot sul modello romanistico di attribuzione agli schiavi di responsabilità.

The idea that (certain types of) robots may be held directly accountable for their own behaviour has a precedent in the ancient Roman law institution of *peculium*. In Justinian's Digest, the mechanism of *peculium* enabled slaves, deprived of personhood as the ground of individual rights, to act as estate managers, bankers or merchants. Similarly, I suggest that a sort of portfolio for robots could guarantee the rights and obligations entered into by such machines³⁶⁴.

³⁶¹ Alcune delle attività individuate sono, ad esempio, «simulation and training applications in defence domains; network managements in utilities networks; user interface and local interaction management in telecommunication networks; schedule planning and optimisation in logistics and supply-chain management; control system management in industrial plants». M. LUCK, P. MCBURNEY, O. SHEHORY, S. WILLMOTT, *Agent technology: computing as interaction (a roadmap for agent based computing)*, 2005, p. 50.

³⁶² «Attributing legal relevance to the cognitive states of artificial entities does not imply attributing normative positions to such entities, in order to protect their own interests. In fact, here I shall only focus on whether the cognitive states of an artefact can contribute to determine legal effects on the head of natural or legal persons». G. SARTOR, *Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence and the Law*, 2009, p. 255.

³⁶³ «Individuals should not be ruined by the decisions of their robots and any contractual counterparties of robots should be protected when doing business with them». *Ivi*, p. 83.

³⁶⁴ U. PAGALLO, *The Laws of Robots*, cit., p. 82.

Al di là della dubbia legittimità teorica del trapianto di modelli da un sistema giuridico temporalmente così distante dal nostro, risulta non convincente l'apparentamento tra la situazione di un uomo non considerato responsabile in ragione dell'appartenenza ad uno *status*³⁶⁵, e quella di un non-umano considerato responsabile per via di un artificio. La logica differenziante sottesa al concetto di *status*, che permea l'ordine antico, è ben lungi dall'essere suscettibile di un'interpretazione in senso artificialista e costruttivista³⁶⁶. Anzi, il fondamento teorico di questa risiede in una visione esattamente opposta, che radica nella natura l'immodificabilità della condizione escludente.

A rilievi di carattere storico, si aggiungono poi perplessità di ordine teoretico, che risiedono nella impossibilità di riconoscere lo *status* di soggetto responsabile a entità comunicanti attraverso la mera segnalazione.

Basti pensare al paradosso sollevato da Heidegger in una conferenza del 1962³⁶⁷, in dialogo con Wiener. Se il padre della cibernetica opponeva alle reticenze degli umanisti proprio la comune funzione di linguaggio umano e trasmissione di informazioni³⁶⁸, Heidegger invitava a considerare le azioni di un robot cui si ordinasse di pulire la lavagna. La macchina, cioè, potrà essere in grado di pulire la lavagna in esecuzione di un comando espresso attraverso parole, ma non sarà mai in grado di comprendere il significato della sua azione. Non riuscirà a spiegare in quali condizioni la lavagna è sporca, indicando perché quei segni fanno sì che la lavagna vada considerata sporca. L'esecuzione di un comando cioè non presuppone la sua comprensione³⁶⁹.

³⁶⁵ Lo *status* come termine *a quo* di un percorso che individua nel contratto il momento oppositivo di passaggio alla modernità, è stato come noto teorizzato da Maine. H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1920.

³⁶⁶ Il *pater familias* romano di certo non giustificava la diversità di *status* e di responsabilità dello schiavo pensando il diritto come interamente manipolabile dall'uomo (e più percisamente: l'uomo come interamente manipolabile e quindi calcolabile dall'uomo).

³⁶⁷ M. HEIDEGGER, *Linguaggio tramandato e linguaggio tecnico*, ETS, Pisa 1997.

³⁶⁸ «Il linguaggio non è una proprietà riservata esclusivamente all'uomo, bensì una proprietà che questi divide, fino a un certo grado, con le macchine prodotte da lui». N. WIENER, *Introduzione alla cibernetica*, Bollati Boringhieri, Torino 1966, p. 120.

³⁶⁹ V. COSTA, *Esperire e parlare. Interpretazione di Heidegger*, Jaca Book, Milano 2006, p. 94.

2.2. Esercizi di filologia kelseniana

Ancora diversa³⁷⁰ l'opzione teorica che vede in Kelsen lo strumento ermeneutico per legittimare la responsabilità degli automi.

Una certa lettura di Kelsen³⁷¹, infatti, è stata adoperata per espungere ogni riferimento all'umanità della responsabilità, mediante l'argomento – di certo utilizzato ad altro scopo da Kelsen – della dissoluzione della differenza tra persona fisica e persona giuridica. Giova richiamare il noto passo dei *Lineamenti*:

«Persona» è soltanto un'espressione unitaria personificante di un gruppo d'obblighi e di autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme; tale concezione preserva da ipostasi ingannevoli che raddoppiano il diritto come oggetto della conoscenza³⁷².

L'avversione nutrita da Kelsen verso ogni forma di ipostatizzazione passa necessariamente per l'attacco frontale alla nozione di persona fisica, non da intendersi nell'equivalenza al concetto non giuridico, biologico-psicologico, di uomo,³⁷³ bensì quale punto di imputazione, alla stregua della persona giuridica, di diritti e doveri. Il diritto, in particolare, interviene a qualificare non già l'uomo, ma alcune delle sue azioni, che acquistano così rilevanza giuridica:

³⁷⁰ Sulla incompatibilità di Kelsen con la responsabilità degli automi anche Pagallo si mostra, del resto, d'accordo.

³⁷¹ Così Amedeo Santosuosso in un intervento da titolo *Boundaries of individual and limits of the legal responsibility*, tenuto nel corso del seminario "*Neuroscience, Ethics and Law: New Challenges for Human Identity, Freedom and Responsibility*", 6-7 novembre 2013, Hermance, Svizzera.

³⁷² H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 87.

³⁷³ «La "persona fisica" non è l'uomo come sostiene la dottrina tradizionale. L'uomo non è un concetto giuridico, ma un concetto biologico-psicologico, non esprime nessuna unità data per il diritto o per la conoscenza del diritto, perché il diritto non comprende l'uomo nella sua totalità con tutte le sue funzioni spirituali e corporali, ma qualifica come obblighi o autorizzazioni soltanto atti umani ben determinati». H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 87. Nessuno spazio allora, per altre forme di normatività estranee al diritto: «In altri termini, della dimensione biologica e fisiologica, oggetto delle scienze naturali, non traspare alcuna possibile normatività diversa da quella giuridica, né naturalistica (quella giusnaturalistica è, ovviamente, esclusa in Kelsen) né scientifica». A. Santosuosso, *Persone fisiche e confini biologici. Chi determina chi*, in *Politica del Diritto*, 3, 2002, p. 529.

In altri termini: l'uomo non appartiene alla comunità costituita dall'ordinamento giuridico come un tutto, ma vi appartiene soltanto con alcune delle sue particolari azioni od omissioni, in quanto queste sono appunto regolate da norme dell'ordinamento della comunità³⁷⁴.

E se è vero che sono le azioni ad essere oggetto di qualificazione giuridica, non già gli uomini³⁷⁵, è pur vero che Kelsen non ha mai ipotizzato – né avrebbe potuto farlo, evidentemente – il superamento del riferimento 'umano' all'agente nel giudizio di imputazione, nemmeno quando si sia trattato di riconoscere una responsabilità 'collettiva'. In questo caso è sempre il singolo uomo a rispondere per la collettività, così come per la persona giuridica – modello evoluto di responsabilità collettiva³⁷⁶. I passaggi in cui Kelsen riferisce della modalità di attribuzione a titolo di imputazione di un fatto (e delle conseguenze sanzionatorie) alla persona giuridica non sono fraintendibili:

Questo riferimento di un fatto all'unità dell'ordinamento viene anche designato con la parola "imputazione" (*Zurechnung*); la "persona" è in tal caso un "punto di imputazione". Tutti gli atti delle persone giuridiche sono atti di uomini, che vengono imputati al soggetto fittizio quando ci si rappresenta l'unità di un ordinamento parziale o totale. Ma quest'imputazione centrale è cosa ben diversa dalla summenzionata imputazione periferica con cui un fatto non è riferito all'unità dell'ordinamento, ma, entro l'ordinamento, è riferito a un altro fatto, il che

³⁷⁴ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 88.

³⁷⁵ L. PARISOLI, *Soggetto responsabile, sanzione collettiva e principi morali: suggestioni kelseniane in tema di politica internazionale*, in *Filosofia politica*, 3, 1997. «Il giudizio di responsabilità giuridica non grava sulla persona in quanto soggetto morale, ma parte dallo stato di cose attuale, che è valutato in senso negativo, e individua comunque, per nesso normativo e non causale o teleologico, un individuo che deve essere punito. Si assume così che il giudizio di responsabilità non si predica mai in modo proprio degli individui, bensì innanzitutto delle loro azioni, e solo poi degli individui in quanto quelle azioni sono loro attribuite». *Ivi*, p. 477.

³⁷⁶ Del resto, i continui richiami alla razionalità del sistema, postulano un residuo di 'naturalità' almeno razionalista nella struttura 'razionale' appunto della dottrina pura.

significa che due sono i fatti collegati l'uno all'altro nella proposizione giuridica³⁷⁷.

Se le pagine kelseniane non abbondassero di riferimenti espliciti³⁷⁸ all'impossibilità di trasmutare il formalismo giuridico in costruttivismo assoluto, si potrebbe in realtà interpretare sistematicamente il pensiero di Kelsen, nel senso di una valorizzazione – crescente negli anni – della inevitabile 'umanità' del diritto³⁷⁹.

La sua teoria dell'interpretazione è un chiaro esempio. Tant'è che in un carteggio con Klug, Kelsen si diceva scettico della possibilità di affidare a delle macchine la risoluzione di una controversia³⁸⁰, affidata, in ultima istanza, sempre alla decisione dell'uomo.

Tuttavia, è proprio questo uno dei punti deboli della teoria kelseniana. L'aver volutamente allontanato lo sguardo giuridificante da nozioni naturalisticamente pregne ha prodotto una sorta di rimosso, pronto, come sempre accade, ad affiorare alla coscienza di ogni interprete kelseniano. I tentativi di superamento dell'umanità della responsabilità indiziano della difficoltà di gestire residui di natura di certo non interamente plasmabili dal diritto. Il corto circuito, oltre e prima ancora della responsabilità, si consuma guardando alla stessa funzione del diritto, così come pensata da Kelsen, e della dottrina pura. Lo sforzo

³⁷⁷ H. Kelsen, *Lineamenti*, p. 91.

³⁷⁸ In questo senso si può leggere questo passo dei *Lineamenti*: «gli obblighi e i diritti di una persona giuridica debbono risolversi in obblighi e diritti dell'uomo, cioè in comportamenti umani regolati da norme, in comportamenti che le norme statuiscono come obblighi e diritti». *Ivi*, p. 89.

³⁷⁹ Così, a più riprese, anche Natalino Irti, di cui si veda da ultimo N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011; nonché ID., *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari 2013.

³⁸⁰ «Sul caso da Lei citato dell'uso di elaboratori per l'applicazione del diritto vorrei osservare che la costruzione del computer parte evidentemente dal presupposto che i principi della logica delle preposizioni sono applicabili alle norme del diritto positivo. Questo presupposto è infondato. Tuttavia anche se lo si ammettesse il computer non fornisce la norma individuale, vincolante per le parti, ma dice soltanto all'organo competente per la statuizione di questa norma qual è la norma individuale conforme a quella generale. Se per qualche motivo quest'organo non statuisce – con un suo atto di volontà, il cui senso è questa norma – la 'norma' indicata dal computer, essa non è valida né la sua validità è vincolante per le parti può essere raggiunta con un ragionamento logico o addirittura con l'attività del computer». Il carteggio tra Kelsen e Klug non risulta tradotto in Italiano. Il brano è tratto, nella traduzione di Losano, da M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, Introduzione a H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985, VII-XXX.

razionalizzante messo in opera dal giurista di Praga postula una nozione non pacifica di ragione, che fonda e giustifica l'idea del diritto come tecnica sociale. Da una parte, infatti, è la ragione a pensare l'architettura bene ordinata dello *Stufenbau*. Dall'altra il fine del condizionamento sociale può essere raggiunto solo presupponendo un'idea di ragione non costruttivista, che si lascia motivare dal parametro legislativo, diversamente irrilevante.

Questa prospettiva, non già presente in Kelsen bensì dischiusa da questioni da lui lasciate irrisolte, sarà messa a punto nelle forme di ripensamento critico del positivismo post-kelseniano, che tenteranno proprio di imbastire una teoria della responsabilità (e del diritto) non elusive di una riflessione specifica sulla razionalità.

3. *La teoria dell'azione tra vecchi e nuovi naturalismi*

Negli anni cinquanta del novecento il rinnovato interesse (risalente almeno ad Aristotele) per la teoria dell'azione aveva costituito il primo richiamo – poi reso esplicito da Feinberg – a costituire un'autonoma teoria della responsabilità. Seppur non ancora nei termini di costituzione di un autonomo campo teorico, si iniziava a pensare all'utilizzo della teoria dell'azione per risolvere alcuni nodi problematici della responsabilità, nella convinzione che la fase preliminare alla attribuzione di responsabilità fosse la qualifica di agente.

Il programma di analisi del linguaggio ordinario si prestava bene all'indagine sui luoghi limite della azione umana, richiedendo, tuttavia, un'inversione metodologica. Nel suo celebre scritto *A Plea for Excuses*³⁸¹, risalente alla metà degli anni cinquanta, Austin infatti proponeva di avviare un campo di studi che tenesse conto dei modi con i quali gli uomini giustificano il proprio comportamento provando a sottrarsi al richiamo della responsabilità.

³⁸¹ J.L. AUSTIN, *A Plea for excuses*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956-7.

In two main ways the study of excuses can throw light on these fundamental matters. First, to examine excuses is to examine cases where there has been some abnormality or failure: and as so often, the abnormal will throw light on the normal, will help us to penetrate the blinding veil of ease and obviousness that hides the mechanisms of the natural successful act³⁸².

Attraverso un approccio per sottrazione, anziché per definizione positiva, Austin intendeva al contempo chiarificare quel nesso tra libertà e responsabilità, pensato erroneamente dalla tradizione filosofica in termini di dipendenza logica³⁸³, per riconfigurarli alla luce della “*linguistic phenomenology*”³⁸⁴. Come si vedrà, il suo appello fu accolto e funzionalizzato alla pratica giuridica da Herbert Hart.

E tuttavia non è stato questo il solo approccio praticato all'interno della filosofia dell'azione. Lo stesso Hart è stato di recente criticato per aver indebitamente accantonato la teoria austiniana delle volizioni, che annette alla volontarietà del gesto muscolare la attribuibilità di un'azione ad un agente.

La tendenza di cui si vuole dar conto cioè, esauriti i richiami desostanzialistici della filosofia del linguaggio, è quella che declina la teoria dell'azione in termini naturalistici, offrendo inevitabilmente il fianco alla pregnante pretesa descrittiva avanzata dalle neuroscienze.

Le fasi in cui tale approccio si è riproposto saranno brevemente percorse, al fine di verificare la attualità teorica dell'altro dei poli di quella oscillazione tra naturalismo e normativismo di cui si diceva.

³⁸² *Ivi*, pp. 5-6.

³⁸³ While it has been the tradition to present this as the “positive” term requiring elucidation, there is little doubt that to say we acted “freely” (in the philosopher’s use, which is only faintly related to the everyday use) is to say only that we acted not un-freely, in one or another of the many heterogeneous ways of so acting (under duress, or what not). *Ivi*, p. 6.

³⁸⁴ Così lo stesso Austin, che preferisce questo sintagma a quello di analisi del linguaggio ordinario, facilmente fraintendibile nella misura in cui ottunde le realtà che si celano dietro l’uso linguistico. *Ivi*, p. 8.

3.1 La teoria delle volizioni. Attualità di un modello?

In un saggio del 1960, *Atti volontari e responsabilità*³⁸⁵, Hart prende le distanze dalla teoria allora imperante all'interno della scienza giuridica anglosassone, che considerava verificata un'azione nel momento in cui questa potesse essere identificata con un movimento volontario.

La giurisprudenza inglese, nella ricostruzione di Hart, avrebbe inglobato una teoria dell'azione di matrice austriaca³⁸⁶ per cui, data per presupposta una distinzione netta tra mente e corpo, le azioni sarebbero volontarie lì dove vi sarebbe l'intenzione di contrarre i muscoli necessari al perfezionamento dell'azione.

I vizi evidenti di questa impostazione per Hart sarebbero due: da una parte risulterebbe impossibile rendere conto delle omissioni, dall'altra tale teoria non sarebbe in grado di descrivere ciò che effettivamente manca negli atti involontari, giacché molto spesso nemmeno negli atti considerati volontari vi è una volontarietà diretta alla esecuzione di un certo movimento materiale.

A questo approccio – criticato già da Wittgenstein e Anscombe – Hart contrappone una teoria che consenta ai giudici di «identificare una gamma di casi in cui non è soddisfatto il requisito della responsabilità, consistente in una componente mentale minima»³⁸⁷. Hart aveva chiaramente accolto l'invito a edificare una teoria della responsabilità che utilizzasse le scusanti come elementi

³⁸⁵ Il saggio è stato pubblicato per la prima volta nel 1960 nelle *Jubilee Lectures of the Faculty of Law della University of Sheffield*, poi ripubblicati in H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 1968, trad. it. a cura di M. Iori, *Responsabilità e pena*, Edizioni Comunità, Milano 1981, pp. 117-139.

³⁸⁶ «It will be admitted on the mere statement, that the only objects which can be called acts, are consequence of Volition. A voluntary movement of my body, or a movement which follows a volition, is an *act*. The involuntary movements which are the consequences of certain diseases are not *acts*. But as the bodily movements which immediately follow volitions, are the only *ends* of volitions, it follows that those bodily movements are the only objects to which the term 'acts' can be applied with perfect precision and property». J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law*³, John Murray, London 1869, p. 427.

³⁸⁷ H.L.A. HART, *Atti volontari e responsabilità*, in *Responsabilità e pena*, cit., p. 131.

da cui, *a contrario*, derivare una nozione convincente di responsabilità. E proprio considerando alcuni casi ‘limite’ Hart giunge a ritenere superato il riferimento obbligato alla volontarietà, ritenendo piuttosto che il diritto debba considerare ‘azioni’ quegli atti che rientrano «in un piano di azione conscio dell’agente»³⁸⁸. Altri sono dunque gli elementi da valorizzare per un’analisi realmente corrispondente alla pratica dei tribunali:

Nella maggior parte dei casi la mancanza di conoscenza o di previsione di per sé basterà ad escludere la responsabilità e non sarà necessario prendere in considerazione una tesi sui movimenti involontari anche in casi in cui fosse presente pure questo difetto più radicale³⁸⁹.

E tuttavia le critiche che Hart rivolgeva alla teoria delle volizioni negli anni Sessanta non sono bastate a considerarla superata.

A giudizio di Moore³⁹⁰, infatti, Hart avrebbe accantonato indebitamente la teoria delle volizioni di Austin e Holmes, vittima di un’errata interpretazione. Contro l’obiezione in base alla quale tale teoria non sia in grado di dar conto delle omissioni, Moore oppone una nozione metafisica di azione, in grado di comprendere anche le omissioni, e una nozione normativa, che qualifica come dovuto il comportamento omettendo privandolo dello status di non-azione³⁹¹.

Per Moore, dunque, la teoria delle volizioni preserva ancora oggi una capacità rappresentativa convincente, a patto di emendarla da alcune sue versioni fallaci.

È il caso della identificazione delle volizioni con le azioni, che incorre nel vizio di circolarità nella misura in cui comporta una forma di volizione di terzo

³⁸⁸ *Ivi*, p. 132.

³⁸⁹ *Ivi*, p. 134.

³⁹⁰ M.S. MOORE, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implication for Criminal Law* (1993), Oxford University Press, Oxford, 2010.

³⁹¹ «Here are two ways to treat this objection: as a metaphysical objection, to the effect that there are some members of the kind, acts, that are not bodily movements; or as a legal objection, to the effect that it is ‘inconvenient’ to stipulate any meaning to ‘act’ (the word as used in the act requirement of criminal law) that excludes omission, since people are sometimes liable for their omissions as well as their commissions». *Ivi*, p. 86.

livello in grado di causare l'atto della volizione³⁹². Per ovviare alle scivolose soluzioni fornite dai precedenti sostenitori della teoria delle volizioni, Moore ricorre ad un concetto di lungo corso nella teoria dell'azione, quello di intenzione, che identificherebbe parzialmente quello di volizione. Segnatamente, quella corrispondenza tra azioni e movimenti volontari del corpo, reminiscenza della teoria dell'azione del secolo precedente, sarebbe verificata dall'esistenza di «*bare intentions, that executes our more general plans into discrete bodily movements*»³⁹³.

Volitions fit into this executory role of bare intentions very neatly, for they are simply such bare intentions having as their objects the simplest bits of bodily motion that we know how to do. Volitions are simply the last executors both of our more general intentions and of the background states of desire and belief that those more general intentions themselves execute³⁹⁴.

Moore prende posizione anche nel dibattito più specificamente interno alla filosofia della mente – a riprova del fatto che la teoria della responsabilità si trovi, come Feinberg affermava nel 1970, al crocevia tra filosofia dell'azione, filosofia della mente, e filosofia del diritto – appoggiando la teoria funzionalista degli stati mentali (di cui le intenzioni fanno parte)³⁹⁵.

³⁹² «One is the problem Gilbert Ryle adverted to many years ago in his argument against mental-action theorists like Prichard: if every act requires a willing to be an act, and willing is itself an act, then mustn't there be a further act of willing the willing in order for that willing to be an act? And if so, mustn't there be a third-order willing (to will to will) in order for the second-order willing to be an act? And so on. This once widely accepted objection of Ryle's became known in the trade as the infinite-regress objection». *Ivi*, p. 115.

³⁹³ *Ivi*, p. 121.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ «Implicit in my foregoing exposition of volitional states is a supposition that mental states generally are functional states. A functional state is a state whose essential nature is specified by the functional roles such a state plays in causing, and being caused by, other states and events». *Ivi*, p. 130. Ciò implica un non ripudio dell'approccio fisicalista, anche se non in via esclusiva: the more we know of the physical structure of the brain, the more we know about possible ways in which its parts might be specialized in their functions; the more we know about the functional subroutines that underlie our experience, the more we know what to look for in the physical features of the brain. Approaching the

In realtà la teoria delle volizioni assolve a una funzione programmatica ben precisa. Il recupero aggiornato della teoria delle volizioni consente a Moore da una parte di arginare una diffusa tendenza a valorizzare la teoria dell'azione basata sul carattere³⁹⁶, dall'altra di opporre una rinnovata teoria dell'azione all'interpretazionismo dilagante, veicolato dallo stesso Hart dell'ascrivitismo.

«If ascriptivism were right», afferma Moore, «there could be no such thing as a theory of human action, for we would have no reason to think that there was a class of action things about which we could have a theory»³⁹⁷.

L'obiettivo critico di Moore è chiaro, anche se per strategia argomentativa tutti i diversi tentativi di formulare una teoria dell'azione che non attinga dichiaratamente alla metafisica sono accusati di interpretazionismo. Se Duff è il bersaglio dichiarato, non pare possa sottrarsi a queste critiche nemmeno la teoria dell'azione della Anscombe, la quale di certo non aveva in mente di edificare una teoria dell'azione che recidesse ogni legame con la struttura ontologica della realtà.

E in effetti sembra questo il *punctum dolens* della teoria dell'azione post-wittgensteiniana. Risolvere, à la Wittgenstein, il problema dell'azione con un approccio meramente epistemologico si rivela insoddisfacente³⁹⁸, tanto per una

nature of volitions from physical structure is often called a 'bottom up' approach; starting with our experience and subdividing it functionally is often called the 'top down' approach». *Ivi*, p. 132.

³⁹⁶ E ciò per gli interrogativi lasciati aperti dalla teoria dell'azione basata sul carattere: «First, what about bad acts that are 'out of character', that is, that are not expressive of bad character—do we not rightly punish such acts even though there is (by hypothesis) no bad character? Secondly, what about bad character that, as luck would have it, is never afforded the opportunity to express itself in bad action—do we not rightly refrain from punishing an individual for his awful but unexpressed character?». *Ivi*, p. 50.

³⁹⁷ *Ivi*, p. 62. «The interpretivist about action thinks that we, the observers (interpreters) create actions by our interpretations. Actions do not antecedently exist, waiting to be referred to by action descriptions». *Ivi*, p. 63.

³⁹⁸ «Such an objection is suggested by Wittgenstein's epistemic criterion for action. 'What is left over if I subtract the fact that my arm goes up from the fact that I raise my arm?', Wittgenstein famously asked. His own answer was an epistemic one: the actor is not surprised by his own acts in the way he may be by movements of his body. There is a simple-minded way to take this suggestion of Wittgenstein's: 'Acts like raising one's arm are known in that non-inferential, non-observational way characteristic of first-person mental experiences generally; bodily movements like arm-risings are not known in this way. Therefore, the two things are different.' What makes this use of Wittgenstein so simple-minded is that we have contrasted acts of arm-risings with just those movements of arm-risings that are not even plausibly involved (in any way) with acts of arm-risings. To object to the identification of the event referred to by 'Jones raised his arm at t' with the event referred to by 'Jones's arm rose at t', it is totally beside the point to compare both this act and this movement to some other movement, such as some reflex movement of

teoria dell'azione *tout court*, quanto e soprattutto per una teoria dell'azione funzionale all'identificazione di quelle azioni che il diritto è abilitato a qualificare giuridicamente. Ed è qui che si consuma lo scarto tra la teoria di Moore e quella di Hart. Se pure Hart aveva infatti cercato conforto nella teoria dell'azione, il fine del filosofo inglese non si proiettava più in là della risoluzione di alcuni dei problemi giuridici originati da controverse qualificazioni di senso comune di talune azioni³⁹⁹.

Diversamente, l'intento di Moore è quello non già di mutuare dalla teoria dell'azione dei criteri di risoluzione di casi limite quali quello della responsabilità in casi di coscienza offuscata (sonnambulismo), bensì di trarre da questa il fondamento giustificativo del diritto penale. Tale fondamento risiede inevitabilmente, per Moore, nella morale:

La responsabilità morale è condizione almeno necessaria della responsabilità penale, il che significa che ogni volta che c'è una valida scusante morale (e dunque un'assenza di responsabilità morale), ci sarà anche una scusante giuridica (e quindi un'assenza di responsabilità penale)⁴⁰⁰.

Tuttavia, sebbene fosse senz'altro questo l'obiettivo ultimo di Moore, i passaggi argomentativi messi in campo per sostenere questa tesi, presenti fin dal sottotitolo *The Philosophy of Action and its Implication for Criminal Law*, rivelano la medesima pretesa di rinvenire nella filosofia dell'azione quel deposito di massime da cui il diritto dovrebbe attingere per la risoluzione di casi controversi.

Smith's arm. The identity thesis asserts there to be an identity between acts and *those movements that take place when acts take place*». *Ivi*, p. 63.

³⁹⁹ Questo per intento programmatico dello stesso Hart. In realtà anche Hart riconosce l'esistenza di quei «vincoli che il pensiero morale e civile pone al perseguimento del fine utilitaristico, richiedendo che le pene non debbano essere inflitte all'innocente». H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., p. 106.

⁴⁰⁰ M.S. MOORE, *Scelta, carattere e scusanti*, cit., p. 83.

Questo, seppure in Moore non si traduca in un approccio fisicalista all'azione, dunque apertamente incline all'utilizzo del discorso scientifico, apre una falla colmabile solo con argomenti descrittivi: i modi con cui si giudica qualcuno responsabile giuridicamente delle sue azioni dipendono dalla previa attribuzione della qualifica di agente. Tale attribuzione non è ascrivibile bensì descrittiva, implicando una 'scoperta' attraverso un procedimento che tanto può mutuare le sue logiche da una filosofia dell'azione non riduzionista, tanto può delegare ad altri approcci (fisicalismo, eliminativismo, etc.) la definizione di azione.

Questa soluzione interpretativa, allora, ben si presterebbe metodologicamente ad accogliere al suo interno definizioni e assunti provenienti dalle neuroscienze, che attraverso la teoria dell'azione potrebbero ridefinire concetti giuridicamente pregni quali coscienza e volontà⁴⁰¹.

L'esperimento di Libet è stato un chiarissimo esempio di utilizzo delle neuroscienze per la ridefinizione della endiadi coscienza e volontà, fino alla conseguenza limite della vanificazione del senso comune intorno alla percezione della volontà.

Se, come si ricorderà, tali esperimenti hanno mostrato l'emersione ritardata della coscienza della volontarietà di un'azione, da ciò si potrebbe inferire la non autonomia della volontà, dipendendo questa da meccanismi neurali fuori dal

⁴⁰¹ «Non è concesso, cioè, di costruire le nozioni relative in modo tale che, se pure astrattamente impeccabili, si rivelino, poi, insuscettibili di una completa verifica. Né, d'altro canto, cedendo alla diffusa suggestione, per la quale l'accertamento di tali elementi darebbe luogo ad una sorta di *probatio diabolica*, si debbono approvare la prassi giurisprudenziale e l'orientamento di quella parte della dottrina, che tentano di ridurne al minimo la rilevanza effettiva. Si tratta, quindi, di trovare un terreno di conciliazione fra la teoria, che sempre con maggiore insistenza ravvisa la nota distintiva dell'illecito penale nella sua natura soggettiva, e la pratica che, attraverso un sistema, più o meno larvato, di presunzioni, finisce col relegare sullo sfondo tutte le questioni attinenti alle componenti psicologiche del reato. La sola possibilità di avviare questo contrasto ad una soluzione è, a nostro avviso, data da una spregiudicata presa di posizione nei confronti delle particolari caratteristiche dell'accertamento dei fatti a contenuto psicologico, seguita da tutte le conclusioni che da essa debbono trarsi. In primo luogo, la rinuncia ad elaborare concetti che si dimostrino inutilizzabili ai fini di una concreta applicazione del diritto. In secondo luogo, non supporre più complessa, di quanto davvero non sia, la determinazione di un elemento psicologico, sì da avere un comodo pretesto per sottrarsi ad indagini indubbiamente assai delicate». G.I. MARCELLO, *Voce dolo (dir. pen)*, in *Enc. Giur.*, Giuffrè, Milano 1964.

nostro controllo. L'ipotesi 'filosofica ingenua'⁴⁰², che accomuna gli esperimenti di Libet e la teoria delle volizioni, consiste nel misconoscimento della complessità della scelta, operando una riduzione concettuale sulle azioni, pensate come tali nel momento in cui sia possibile ravvisare un segno puntisticamente determinato della volontà.

3.2 *Un caso di pedofilia: tra impulsi irresistibili e altre identità*

La percorribilità di questa opzione teorica sarà sondata richiamando uno spiacevole e controverso caso giudiziario, al momento in cui si scrive giunto in fase di decisione di appello. L'esame della vicenda sarà anche l'occasione per verificare un differente approccio – la teoria del carattere – che subordina l'attribuzione di responsabilità alla conformità dell'atto al proprio carattere. Le ragioni dell'accostamento risiedono nella medesima fallacia in cui le due differenti declinazioni della teoria dell'azione incorrono: l'impossibilità – lo si dichiara sin da ora – di ancorare il giudizio di responsabilità giuridica ad un giudizio descrittivo all'esito del quale un soggetto possa essere considerato o meno come agente.

Il caso *de qua* è relativo ad un'infausta vicenda di cronaca: un pediatra di Vicenza, tale dott. Mattiello, è stato ritenuto colpevole di abusi sessuali su minori per aver molestato, durante le visite mediche effettuate all'interno di un asilo, alcune bambine (minori di anni 10)⁴⁰³. Altra circostanza, che assumerà rilievo nella decisione del giudice, è che il pediatra aveva commesso atti di pedofilia soltanto in uno degli asili da lui frequentati, quello in cui i bambini erano lasciati soli con il medico durante le ordinarie visite.

Non sorgendo contestazione alcuna in ordine alla sussistenza dei fatti richiamati, la questione che ha impegnato il giudice è stata la corretta valutazione

⁴⁰² Così, fra gli altri, F. SANTONI DE SIO, *Per colpa di chi*, cit., p. 45.

⁴⁰³ Tribunale di Venezia, G.i.p. dott.ssa Roberta Marchiori, 24 gennaio-8 aprile 2013, sent. n. 296.

della capacità di intendere e di volere dell'imputato. Durante il procedimento, infatti, il pediatra era stato sottoposto a risonanza magnetica funzionale, nel corso della quale era stato riscontrato un tumore al cervello (cordoma del clivus), successivamente asportato in due differenti interventi chirurgici.

I consulenti di parte, i già noti proff. Sartori e Petrini, come nei casi giudiziari richiamati in precedenza⁴⁰⁴, avevano prodotto una relazione tecnica che con l'ausilio delle risultanze neuroscientifiche propendeva per la non imputabilità dell'imputato.

Ciò, tuttavia, sulla base di uno studio diverso rispetto alle vicende processuali di Como e Trieste: in questo caso, infatti, la patologia riscontrata è stata individuata quale 'causa' esclusiva del mutato orientamento sessuale del medico, tale da ingenerare in lui l'irresistibile impulso di abusare delle giovani vittime.

Il caso, allora, è solo in parte sovrapponibile alle vicende già analizzate, coinvolgendo primariamente il parametro normativo della capacità di volere, e imponendo una riflessione – come si anticipava – sul nesso tra identità e responsabilità che la teoria del carattere in parte sembra attivare.

È appena il caso di ricordare che il processo in primo grado si è concluso con il rigetto della consulenza di parte, e la condanna del pediatra a cinque anni di reclusione. Condanna confermata nel processo di appello, conclusosi da poco, che ha tuttavia ridotto la pena di circa la metà. Ad oggi le motivazioni della sentenza di appello non sono state ancora pubblicate, di talché non è dato sapere se nel processo di appello i giudici abbiano ritenuto di dover diversamente valutare la perizia di Sartori e Petrini.

La perizia è ad ogni modo riportata nella sentenza di primo grado. In essa si legge che l'esito dei test neuropsicologici somministrati dai due noti esperti ha rivelato una integra capacità di intendere («capacità di ragionamento astratto e logico ai livelli superiori alla norma») associata tuttavia ad alcuni dati fuori

⁴⁰⁴ Ci si riferisce ai casi esaminati nel primo capitolo: Corte d'Assise d'Appello Penale di Trieste, n. 5/2009, Pres. Rel. Rainotti, cit., e Tribunale di Como, GIP, 20 maggio-20 agosto 2011.

norma: pur essendo integre le capacità linguistiche, è stata evidenziata una incapacità di riconoscere le metafore e le espressioni idiomatiche, *défaillances* interpretate alla stregua di «tipici marker di compressione frontale»⁴⁰⁵. Ciò si accompagnerebbe ad altri deficit delle funzioni frontali, quali «capacità attentive, di recupero di parole su accesso fonemico, di riconoscimento dei contorni, distinzione figura-sfondo, segmentazione delle figure o esplorazione spaziale»⁴⁰⁶.

Un passaggio in particolare merita attenzione, ed è quello in cui i periti attestano una «difficoltà nella inibizione di comportamenti automatici», che assumerebbe un ruolo primario «nella criminogenetica, laddove la compulsione ad agire può trovare freno nei meccanismi inibitori alterati»⁴⁰⁷. Altri dati che i periti ritengono di dover sottoporre all'attenzione dell'organo giudicante sono:

- Difficoltà di intelligenza sociale e nello specifico di emozioni quali felicità e rabbia oltre che nella valutazione della gravità di violazioni in contesti sociali, pur riconoscendo quali siano i comportamenti normativi e le violazioni negli stessi ambiti.

- Difficoltà di effettuare scelte vantaggiose, di apprendere dall'errore e di stimare intuitivamente la probabilità degli effetti di un'azione⁴⁰⁸.

Descritti i 'sintomi', i periti riferiscono di altro *test* somministrato all'imputato, lo aIAT (*autobiographical implicit association test*), già utilizzato in altro procedimento penale per molestie sessuali⁴⁰⁹, che consentirebbe di

⁴⁰⁵ Così a p. 13 della sentenza del Tribunale di Venezia, G.i.p. dott.ssa Roberta Marchiori, 24 gennaio-8 aprile 2013, sent. n. 296.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ivi*, p. 14.

⁴⁰⁹ Trib. Cremona, 24 febbraio 2012, dott. Guido Salvini, sent. n. 823. Il caso di molestie sessuali subite da una minore si è concluso con la condanna del dott. Commercialista presso cui la ragazza svolgeva uno stage formativo. Nel corso del processo il giudice ha sottoposto al perito, il Prof. Sartori, il seguente quesito: «Dica il Perito, valutato preliminarmente il ricordo dell'evento come potenziale causa di disturbo clinicamente significativo, se la persona offesa, anche in considerazione della sua minore età e dello stato emotivo al momento del fatto, abbia subito un danno post-traumatico da stress o qualunque altro danno psichico riconducibile al reato denunciato. In questo caso ne chiarisca la natura, grado, durata e permanenza nel tempo». Per accertare il danno il Prof. Sartori ha fatto ricorso al test IAT, che si basa, nelle parole del giudice, «su una valutazione del contenuto della memoria fondata sui tempi di reazione in

rinvenire ‘tracce mnestiche’ affidabili mediante monitoraggio. In questo caso, risulterebbe ‘vera’ l’affermazione del pediatra di aver maturato un orientamento sessuale deviato solo un anno prima dello svolgimento del processo, in concomitanza – secondo i periti – con il sorgere del tumore.

La correlazione tra tumore e mutamento dell’orientamento sessuale è poi ricostruita attraverso una invero debole casistica⁴¹⁰ che mostrerebbe l’incidenza determinante del tumore asportato all’imputato sul suo orientamento sessuale. Il clivus, in particolare, potrebbe aver determinato il comportamento del dott. Mattiello in due modi: «comprimendo le strutture della corteccia orbito facciale mediale, data la prossimità della sella turcica alla stessa; provocando disfunzioni delle strutture sottocorticali connesse alla corteccia orbitofrontale (ipotalamo, ipofisi); comprimendo le fibre nervose di connessione cortico sottocorticali e cortico ponto cerebellari che passano nel tronco dell’encefalo e nel ponte (peduncoli cerebellari)»⁴¹¹.

Da tale quadro clinico i periti inferiscono una incapacità di volere, determinata da «un impulso prepotente ed irresistibile», in combinazione con l’incapacità «di comprendere la censurabilità sociale del proprio comportamento (incapacità di intendere)». Ciò nelle conclusioni dei proff. Sartori e Petrini avrebbe comportato «l’impossibilità di fare altrimenti e quindi di autodeterminarsi» e, in ultima istanza, il vizio totale di mente⁴¹².

Opposte le conclusioni cui perviene la perizia disposta dal giudice. In essa, pur riconoscendosi l’incidenza del tumore sulla regione orbito-frontale, viene censurata la connessione causale tra la massa e l’orientamento sessuale, connessione presentata dai periti della difesa adducendo due soli casi clinici.

risposta a frasi che descrivono l’evento autobiografico oggetto della verifica». Il *test* avrebbe verificato l’esistenza di tracce mnestiche della molestia nella vittima, consentendo all’esito di una indagine invero più articolata, di condannare l’imputato per il reato ascrittogli e liquidare a titolo di risarcimento del danno 25.000 euro alla vittima. La sentenza risulta pubblicata *on line* sul sito: www.criminologia.it.

⁴¹⁰ Sono due i casi richiamati. In particolare si fa riferimento all’articolo J.M. BURNS, R.H. SWERDLOW, *Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign*, in *Arch Neurol.*, 3, 2003, pp. 437-440.

⁴¹¹ Tribunale di Venezia, G.i.p. dott.ssa Roberta Marchiori, 24 gennaio-8 aprile 2013, sent. n. 296, p. 16.

⁴¹² Estratto della perizia riportata nella sentenza, p. 17.

Questa divergenza consente al giudice di esprimere una posizione riguardo alla affidabilità del sapere scientifico prodotto in giudizio. Ed infatti viene richiamato con l'autorità di precedente il caso Cozzini – già esaminato in questa sede⁴¹³ – in cui la Suprema Corte, nel tracciare gli standard correnti affinché una teoria possa fregiarsi della qualifica di scientificità, marca su tutti il parametro del «preponderante consenso». Oltre a mancare tale parametro, la carenza di scientificità sarebbe attestata anche – con tutta evidenza – dalla assoluta limitatezza dei casi clinici esaminati, che non possono legittimamente integrare l'attualità del metodo scientifico. Del pari, il ricorso allo aIAT, oltre a difettare del carattere della utilizzabilità sotto il profilo strettamente processuale, è tecnica ben lontana dall'aver maturato il preponderante consenso della comunità scientifica, essendo ancora in via di sperimentazione⁴¹⁴.

Leggere questa sentenza, allora, consente di osservare i contrapposti approcci teorici in azione. Ritenere infatti che il tumore abbia determinato una vulnerazione della capacità di volere, tanto da ingenerare un impulso irresistibile dell'agente⁴¹⁵, significa aprire la definizione normativa di capacità di volere alle pretese descrittive esercitate da altri saperi, in questo caso le neuroscienze. Come si è visto, questo è metodologicamente possibile facendo ricorso alla teoria delle volizioni, anche qualora non si ritenga espressamente che il compito descrittivo

⁴¹³ Cfr. capitolo II, paragrafo 2.3.

⁴¹⁴ Ai sensi dell'art. 188 c.p.p. recita infatti che: «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Diversamente è stato valutato dal giudice di Cremona nella sent. 823/2012. In quella sede, infatti, il giudice ha affermato che «tali metodologie nulla hanno a che vedere con gli antiquati tentativi di verificare la “sincerità” di un soggetto tramite lie detectors o poligrafi, strumenti che pretenderebbero di fondare la valutazione su grossolani sintomi psicofisici del periziando». La tecnica andrebbe valutata dunque secondo il parametro *Daubert* (per espressa affermazione del giudice), valutando «precedenti verifiche e cioè falsificabilità della teoria in senso popperiano e quindi resistenza del metodo a tentativi di smentita, controllo dei lavori pubblicati da parte di revisori qualificati (“peer review”), accettabilità dei limiti di errore, accoglimento da parte della comunità scientifica».

⁴¹⁵ Ma sul punto sovvien il monito di Antony Kenny, per il quale «è universalmente riconosciuto che la presenza di un impulso irresistibile non può essere stabilita scientificamente». Cosicché, per contrastare la tendenza del diritto a considerare ancora operativo un concetto così inconsistente: «l'unico rimedio sarebbe probabilmente consentire all'accusa di chiamare un filosofo a testimoniare che, non esistendo una cosa come un impulso irresistibile, l'imputato può avere agito sotto la spinta di una cosa del genere non più di quanto possa avere ucciso uno scapolo sposato o rubato un cerchio quadrato». A. KENNY, *L'esperto in tribunale*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, cit., pp. 246-247.

delle volizioni vada affidato alle neuroscienze. L'opzione teorica che annette l'attribuzione di responsabilità ad un previo giudizio circa la qualifica di agente espone la responsabilità al rischio che altri saperi si appropriino della funzione di definizione, non solo semantica. In questo caso, la nozione di volontà giuridicamente rilevante per i periti sarebbe invero più complessa di quella prospettata dalla teoria delle volizioni. Se infatti per Moore, moderno interprete di questa teoria, affinché vi sia un'azione è necessario che essa corrisponda a movimenti volontari, in questo caso l'assenza di volontarietà sarebbe da ricondurre non già all'episodico disfunzionamento dell'inibizione, bensì ad un mutamento di orientamento sessuale, causato da un evento fisicamente esperibile: il tumore. E quand'anche si volesse ritenere non volontario – in questo preciso senso inteso dalla teoria delle volizioni – l'atto individuale, 'scusandolo' mediante l'indebolimento della capacità di inibire gli impulsi, non si comprende come – e su questo argomento fa leva il giudice – sia stato possibile invece per il pediatra inibire tali impulsi qualora si trovasse in presenza di altre persone.

Dall'analisi di questa peculiare scusante è possibile trarre elementi chiarificatori rispetto alla differenza tra la nozione normativa di capacità di volere, e quella, proposta dalla teoria dell'azione, di volizione.

Se infatti il diritto misura sul terreno della capacità, solo potenziale, la controversa nozione di volontà, la teoria delle volizioni si assume l'impegno di corroborare in senso sostanzialistico tale nozione, spingendosi evidentemente *ultra petita*.

Il fatto, cioè, che in una determinata situazione la capacità di volere non sia stata esercitata, rendendo così l'atto a stretto rigore non volontario, non equivale a considerare alterata la capacità che sta a monte, e che il diritto considera penalmente rilevante. Così, seppure davanti alle sue giovani pazienti il pediatra non fosse stato in grado di resistere all'impulso, il fatto che in altri casi fosse

riuscito a farlo⁴¹⁶ indizia della integrità di tale capacità, di talché appare non giustificata la prospettazione di un vizio totale di mente, come da richiesta peritale.

Il caso, tuttavia, presenta un duplice interesse teorico. Più che con le categorie della teoria delle volizioni, la vicenda si presta ad essere letta come quesito da sottoporre ai teorici della responsabilità basata sul carattere.

3.3 Carattere, azioni, identità.

In base a questa teoria, risalente invero a Hume⁴¹⁷ e di recente oggetto di nuovo vigore⁴¹⁸, gli atti per i quali si dovrebbe rispondere moralmente sarebbero unicamente quelli rivelatori di un certo ‘difetto’ caratteriale.

Tra carattere e responsabilità si istituirebbe un nesso tale per cui ogni giudizio di responsabilità potrebbe essere trasmutato in analogo giudizio caratteriale – di tipo descrittivo – che del primo è condizione e conseguenza.

Condizione perché si sarebbe moralmente responsabili solo di quelle azioni espressive di un ‘cattivo’ carattere; conseguenza perché la sommatoria delle azioni dovrebbe concorrere a comporre di volta in volta il carattere di una persona.

Tale teoria della responsabilità è per i suoi autori adatta a dar conto delle pratiche di attribuzione della responsabilità morale. E tuttavia, ha trovato fortuna

⁴¹⁶ Così infatti si esprime il giudice: «significativa appare altresì la circostanza che gli ‘impulsi’, di cui ha riferito l'imputato nel corso dell'interrogatorio, scattavano solo presso l'asilo Coriolato, dove sapeva di poter trovare condizioni particolarmente favorevoli a che ciò accadesse, dal momento che i bambini non erano accompagnati alle visite dalle maestre». Tribunale di Venezia, G.i.p. dott.ssa Roberta Marchiori, 24 gennaio-8 aprile 2013, sent. n. 296, p. 25.

⁴¹⁷ Per Hume, infatti, «le azioni sono oggetto del nostro sentimento morale, soltanto in quanto esse sono indicazioni del carattere, delle passioni e delle affezioni interne». D. HUME, *Ricerca sull'intelletto umano* (1748), Laterza, Roma-Bari 1996, p. 153; P. RUSSELL, *Freedom and Moral Sentiment: Hume's Way of Naturalizing Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2002.

⁴¹⁸ Tra gli altri si segnalano: G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Brown, Boston 1978, pp. 799-802; R. NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, Il Saggiatore, Milano 1987; N. LACEY, *State Punishment*, Routledge, London 1988; P. ARENELLA, *Character, Choice, and Moral Agency: The Relevance of Character in our Moral Culpability Judgements*, in *Social Philosophy and Policy*, 7, 1990, pp. 29-58.

anche nella riflessione più specificamente giuridica – che spesso ha sottaciuto il legame tra responsabilità giuridica e morale – per il tramite delle scusanti.

In queste ricostruzioni, infatti, le scusanti più comuni come l'infermità, l'errore, il costringimento fisico, sono lette proprio a partire dal nesso che istituiscono con il carattere. Così l'assenza di intenzione (nei reati dolosi) scuserebbe in quanto il comportamento non sarebbe indicatore di un cattivo carattere; allo stesso modo la coazione esterna (per minaccia o violenza fisica, nel primo caso solo per i reati dolosi) e l'errore. L'infermità, non considerata *stricto iure* una scusante nella dogmatica del reato italiana, attesterebbe ad ogni modo il posizionarsi sulla prima delle alternative della coppia concettuale *mad or bad*.

I teorici della responsabilità basata sul carattere, tuttavia, non sono sufficientemente attenti alla definizione del tipo di rapporto giuridicamente rilevante tra carattere e azioni. Come Moore efficacemente ha affermato, le nostre azioni sarebbero scusabili

quando queste non manifestano, esprimono, rivelano o indicano un cattivo carattere; quando queste azioni non sono il risultato, non sono determinate da, spiegate attraverso, o attribuibili a cattivo carattere; quando queste azioni non sono un esercizio di un carattere difettoso; o quando queste azioni non sono elementi probatori di un cattivo carattere⁴¹⁹.

Se il tipo di relazione tra azione e carattere sia di tipo logico, causale, esplicativo o altro non è ben chiaro agli stessi teorici del carattere, oltre per altro a non risultare ben identificabile la stessa nozione di carattere che si intende porre a fondamento di questa teoria.

Tuttavia, anche a voler concedere alla teoria del carattere che l'esame di alcune scusanti indizia di una teoria della responsabilità in cui ciascuno è tenuto a

⁴¹⁹ M.S. MOORE, *Scelta, carattere e scusanti*, cit., p. 113.

rispondere per il proprio cattivo carattere, ciò solleva altre questioni, filosoficamente più dense. Se le disposizioni caratteriali rientrano in quell'identità numerica difficile da gestire, e che ciascuno di noi si trova in dotazione per una sorta di 'sorte morale'⁴²⁰, ci si troverà in ultima istanza a rispondere della propria persona. Fuori dalla connessione stretta tra un atto e il proprio carattere, Giuseppe Capograssi definiva l'impossibilità (necessaria) di rispondere per ciò che si è il paradosso della responsabilità⁴²¹:

Io sono il responsabile di essere me stesso. Questa è la vera responsabilità; perciò pago, perché sono me stesso, sono quello che sono, e sono responsabile di essere quello che sono. Questa responsabilità sembra assurda, perché se io sono così, come posso essere responsabile di essere così? Se sono così non sono responsabile. E invece l'uomo sente di essere responsabile, è la sola responsabilità che sente⁴²².

Prima del paradosso esistenziale di Capograssi, la semplice idea di rispondere per ciò che si è risulta invero problematica nella vicenda processuale prima esaminata.

⁴²⁰ Il sintagma è mutuato da B. WILLIAMS, *La sorte morale*, Il Saggiatore, Milano 1987. Una peculiare teoria della responsabilità che tenga debitamente conto anche della 'sorte morale' è quella fornita da Tony Honoré, il quale connette l'idea di colpa alla responsabilità per il carattere. Diversamente dall'opinione dominante, infatti, per Honoré la responsabilità colposa non sarebbe altro che una forma di responsabilità oggettiva, laddove il comportamento negligente (è questo il riferimento esplicito di Honoré, ma ben potrebbe estendersi all'imperizia) non attesterebbe altro che una costitutiva incapacità di misurare le proprie competenze. Che la colpa sia accettabile solo se si giustifichi moralmente la responsabilità oggettiva (nella quale in un certo senso si risolve), è attestato da una pagina di Gaio (Honoré era infatti studioso di diritto romano), in cui la responsabilità del mulattiere per non essere riuscito a trattenere i buoi, causando al morte di uno schiavo, è fatta risalire ad un momento precedente, quello cioè in cui il mulattiere si era arrischiato in un compito epr il quale non era adatto. Così T. HONORÉ, *Responsabilità e sorte*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, cit., pp. 193-203.

⁴²¹ G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, vol. III, Giuffrè, Milano 1959, pp. 90 e ss.

⁴²² *Ivi*, p. 98. E ancora, prosegue Capograssi: «E la società, quando solleva il problema della responsabilità, e crea le sue istituzioni intorno a questo principio, trova le cose così facili, la via così libera, perché è l'individuo stesso che già si ritiene responsabile, perché la responsabilità è già nata nella coscienza dell'individuo, e non già per l'azione, o meglio, per l'azione, ma perché l'azione riassume ed esprime l'individuo, non è altra cosa che l'individuo, che ha espresso in essa la sua vera essenziale segreta volontà. E l'individuo si è già condannato quando accetta tutto il mondo di istituzioni, col quale la società lo condanna». *Ibidem*.

In questo caso, il pediatra non risponderebbe di ciò che è sempre stato, ma di ciò che è stato – accedendo alla ricostruzione dei periti di parte – per la sola durata del tumore. Gli atti di pedofilia commessi nell’arco temporale di un anno e mezzo sono allora conformi al ‘carattere’ del pediatra? E di quale carattere si potrebbe parlare in questo caso: quello senza devianze sessuali che è lecito supporre avesse prima del tumore, o quello di orientamento pedofilo mostrato dai suoi atti successivi?

E invero, la stessa durata temporalmente limitata di questo tipo di impulsi sessuali non è un dato pacifico agli occhi del gip e dei consulenti d’ufficio. Perché se è vero che dopo la rimozione del tumore il pediatra non ha più dato segni di interesse sessuale verso i minori, è pur vero che l’operazione è intervenuta in una fase in cui l’imputato era già provato da una penosa vicenda processuale⁴²³, culminata con la detenzione, di talché sarebbe ben ragionevole constatare l’attenuarsi di questo tipo di desideri sessuali anche in soggetti che tali desideri li avessero avuti per tutta la vita.

Il problema non è di agevole soluzione, e attesta l’inadeguatezza dell’utilizzo di questa teoria dell’azione basata sul carattere. In casi come questo, ammesso che un mutamento degli orientamenti sessuali ci sia stato, e dunque del carattere, come considerare gli atti del pediatra?

Del resto le neuroscienze abbandonano di casi analoghi, basti pensare al già citato episodio di Phineas Gage. In quella circostanza si disse infatti che l’incidente aveva reso Phineas un’altra persona⁴²⁴.

O ancora, si pensi a un caso giudiziario del tutto singolare verificatosi nel Regno Unito: anche qui un incidente aveva influito sulla condotta sessuale del sig. Meah⁴²⁵, che a seguito dei danni cerebrali riportati si era reso responsabile di crimini a sfondo sessuale. La peculiarità del caso risiede anche nel modo in cui

⁴²³ Così si legge nella sentenza Tribunale di Venezia, G.i.p. dott.ssa Roberta Marchiori, 24 gennaio-8 aprile 2013, sent. n. 296, p. 22.

⁴²⁴ A. DAMASIO, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 73.

⁴²⁵ Meah v McCremer, Queen’s Bench Division, Justice Wolf, 25-29/6/1984, in *Law report: all england reports*, vol 1, 1985, pp. 367 e ss.

tale dato è emerso. L'assassino, danneggiato da un precedente incidente occorso diversi anni prima, aveva citato in giudizio la persona responsabile dell'incidente stesso, chiedendo di essere risarcito per il cambio di personalità che aveva dovuto sopportare. Il giudice accordò infine all'attore, a titolo di risarcimento del danno, la somma di 45.000 sterline, non accogliendo tuttavia la sua successiva richiesta, generata da altra azione risarcitoria intentata dalle sue vittime. Le donne aggredite da Meah, infatti, una volta appreso della liquidazione del danno si consistente, avevano chiesto e ottenuto a loro volta 17.000 sterline.

La vicenda, seppur sotto il profilo processuale lontana dal caso di Vicenza, induce alla medesima perplessità circa la praticabilità di una teoria che pone a fondamento della responsabilità la relazione tra carattere e scusanti. Come considerare, infatti, il fatto che un evento fisico abbia compromesso irrimediabilmente il carattere dei due protagonisti?

I casi appena visti spiungono invero a indagare un diverso nesso che è possibile istituire tra le azioni di un uomo e, non già il suo carattere, bensì la sua identità.

Come ha sostenuto Bernard Williams, infatti, il carattere non esaurisce la comprensione dell'identità personale, ben potendo esistere due persone con lo 'stesso' carattere che evidentemente non sono la stessa persona⁴²⁶. È l'identità, dunque, piuttosto che il carattere, a custodire uno dei possibili significati della responsabilità, impedendo così di scarnificare il giudizio di responsabilità sino a renderlo una mera verifica di corrispondenza tra un'azione e quell'insieme di attitudini personali definite carattere.

Fuori dalla tradizione analitica, eppure in dialogo con questa, si colloca il percorso riflessivo di Paul Ricoeur, già richiamato, che meglio di altri ha stabilito la densità della relazione tra identità e responsabilità, anche a partire dalla responsabilità giuridica.

⁴²⁶ B. WILLIAMS, *Identità personale e individuazione*, in *Problemi dell'io*, Il Saggiatore, Milano 1990, pp. 5-26.

Invero il carattere è uno degli elementi che Ricoeur fa agire per arrivare alla costituzione temporale dell'identità. Il carattere è ciò che permane nel tempo in un senso che consente di ricongiungere l'identità numerica (l'identità intesa come *idem*) e quella che Ricoeur definisce ipseità. Il carattere, così, se in altri luoghi della riflessione ricoeuriana dava corpo all'involontario, alla immutabile passività originaria⁴²⁷, viene poi definito «*l'ensable des dispositions durables à quoi on reconnaît une personne*»⁴²⁸.

Già in questa fase si consuma uno scarto tra la nozione ricoeuriana di carattere e quella dei teorici della responsabilità basata sul carattere. Perché c'è già in Ricoeur la consapevolezza che il giudizio di aderenza di un'azione al carattere (e vice versa) non è un esercizio meramente descrittivo, bensì si esercita nella forma del riconoscimento⁴²⁹.

La sedimentazione delle abitudini nel tempo, che rendono il carattere una «seconda natura»⁴³⁰, consentono quindi di accorciare le distanze tra identità numerica e ipseità, assicurando la permanenza nel tempo dell'identità.

Tuttavia, ciò che consente di fondare l'attribuzione di responsabilità è propriamente l'altra dimensione temporale dell'identità, quella che si dispiega nel tempo con l'impegno della parola data. Il «*maintien de soi*», la capacità di far valere in futuro l'impegno preso in altro momento, connota in modo originale l'identità non numerica, l'ipseità, l'unica forma in cui la responsabilità può trovare giustificazione:

Se suffit à elle-même la justification proprement éthique de la promesse, que l'on peut tirer de l'obligation de sauvegarder l'institution du langage et de répondre à la confiance que l'autre met dans ma fidélité. Cette justification éthique, prise en tant que telle, déroule ses propres

⁴²⁷ Ne *Il volontario e l'involontario* il carattere era classificato nell'«involontario assoluto», opposto all'«involontario relativo» dei motivi che agiscono nella decisione volontaria.

⁴²⁸ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Éditions du Seuil, Paris 1990, p. 146.

⁴²⁹ «Pour une grand part, en effet, l'identité d'une personne, d'une communauté, est faite de ces identifications-à des valeurs, des normes, des idéaux, des modèles, héros, dans lesquels la personne, la communauté se reconnaissent. Le se reconnaître-dans contribue au se reconnaître-à...». *Ivi*, pp. 146-147.

⁴³⁰ *Ivi*, p. 146.

implications temporelle, à savoir une modalité de permanence dans le temps susceptible d'être polairement opposée à celle du caractère. Ici, précisément, ipséité et mêmeté cessent de coïncider⁴³¹.

Nel percorso riflessivo proteso a mettere in luce la nozione di responsabilità anche la responsabilità giuridica gioca un ruolo non marginale. Attraverso l'esercizio della capacità di riconoscersi come autori delle sue azioni, il soggetto di diritto⁴³² è strettamente correlato al soggetto degno di stima e di rispetto, dunque al soggetto morale. E tuttavia si sabaglierebbe ove si volesse intendere il soggetto giuridico, e i modi di esercizio della responsabilità giuridica, come interamente scanditi nei loro passaggi dal soggetto morale.

Una volta affermata la centralità della promessa, pensata dunque come istituzione 'prima' per ogni attribuzione di responsabilità, anche il diritto arricchisce di connotazioni la fenomenologia della responsabilità. Il diritto civile, afferma Ricoeur, proponendo legittimamente pratiche di attribuzione della responsabilità che prescindono dalla colpa, ci impone di assumerci la responsabilità delle nostre azioni anche qualora gli effetti di queste non siano voluti⁴³³. La portata dei nostri atti, così, eccede quella dei nostri progetti⁴³⁴, radicandosi nella ipseità, irriducibile ad ogni persistenza empirica⁴³⁵. I casi in cui il diritto interviene decidendo la questione della attribuibilità delle azioni ad un agente, lungi dall'esercizio di una mera facoltà descrittiva, rivelano il senso più pregnante dell'esser-*ci* dell'uomo.

⁴³¹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., p. 149.

⁴³² Al soggetto di diritto Ricoeur dedica un saggio, P. RICOEUR, *Qui est le sujet du droit?*, in *Le juste*, Seuil, Paris 1995, pp. 29 e ss.

⁴³³ «Selon une de ses significations usuelles, la responsabilité implique que quelqu'un assume les conséquences de ses actes, c'est-à-dire tienne certains événements à venir comme des représentants de lui-même, en dépit du fait qu'ils n'ont pas été expressément prévus et voulus; ces événements sont ses *oeuvre*, malgré lui. Il est vrai que cette signification a pris corps, d'une part, dans le cadre du droit civil, en rapport avec l'obligation de réparer les dommages que l'on a causés par sa faute (ou dans certains autres cas déterminés par la loi: responsabilité, par exemple, du propriétaire ou du gardien d'animaux), d'autre part, dans le cadre du droit pénal, en rapport avec l'obligation de supporter le châtiment». P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., p. 341.

⁴³⁴ *Ivi*, p. 342.

⁴³⁵ *Ivi*, p. 343.

Il momento del giudizio è una forma di «ricapitolazione» del passato nel presente, in cui il processo di imputazione assume il suo significato originario: quello di mettere in conto le nostre azioni, sottoposte a un processo di oggettivazione nel corso del giudizio⁴³⁶, a noi stessi, «*comme si nos actes s'inscrivaient dans un grand livre de comptes, pour y être enregistrés et y faire archive*»⁴³⁷,

3.4 La teoria dell'azione: dall'interpretazionismo all'ontologia dell'evento anonimo

Il pensiero filosofico di Ricoeur si snoda attraverso un *iter* – la via lunga dell'ermeneutica – che lo ha in più luoghi condotto ad ingaggiare un dialogo intenso con la filosofia analitica. Uno degli snodi maggiormente presenti nell'opera del filosofo francese, e che più rileva in questo lavoro, è infatti la tematizzazione dell'azione, pensata attraverso un percorso che passa per l'*agency theory* di matrice anglosassone. L'uso della filosofia analitica – nonostante appartenga ad una tradizione di pensiero estranea a quella di Ricoeur – è necessario per dar corpo ad una ermeneutica del sé, che riesca a superare le secche della riduzione tropologica del soggetto attuata da Nietzsche e dai suoi successori⁴³⁸.

La pratica filosofica di Ricoeur è dunque distante da quella di Moore, che nella sua teoria delle volizioni ha come bersaglio critico alcuni degli stessi protagonisti del confronto ricoeuriano con la teoria dell'azione. Donald Davidson ed Elisabeth Anscombe, in particolare, sono dal filosofo del diritto americano accusati di proporre una teoria dell'azione tutta risolta nell'interpretazionismo.

⁴³⁶ Questa responsabilità quasi assoluta, tuttavia, è ben lungi dall'assumere i connotati di responsabilità illimitata – come leggendo Lévinas dirà Simon Critchley – o i tratti tragici della responsabilità di tutti davanti a tutti di Sartre e Dostoevsky.

⁴³⁷ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., p. 343.

⁴³⁸ *Ivi*, pp. 28-29.

Affermare, cioè, che un'azione è intenzionale quando essa è suscettibile di essere descritta almeno in un modo che la qualifichi come tale, finirebbe per virtualizzare la referenza identificante all'azione, in un modo che il diritto – bisognoso di fatti – non potrebbe accettare.

Molto chiaramente, Davidson afferma che «una persona è l'autore di un atto se ciò che fa può essere descritto sotto un aspetto che lo rende intenzionale»⁴³⁹.

Questa posizione è sostenuta con un argomento giuridico: l'*aberratio*. Il riconoscimento dell'esistenza di una classe di azioni ontologicamente qualificabile come intenzionali non riuscirebbe a spiegare l'attribuzione di un'azione ad un soggetto che, volendo uccidere una persona, ne uccide per sbaglio un'altra. Il fatto che invece il diritto la consideri egualmente intenzionale rileverebbe, a dire di Davidson, della impossibilità di ogni qualificazione sul piano ontologico dell'azione intenzionale.

In realtà è proprio il caso dell'*aberratio* a far risultare inadeguata questa soluzione teorica. La descrizione di tipo intenzionale in questa ipotesi è possibile solo colmando lo iato tra azione ed evento con un parametro normativo esterno. Che questa operazione, normativa, sia poi suscettibile di essere descritta è pacifico, ma la descrizione attiene ad una fase successiva, che non dovrebbe misconoscere il passaggio decisivo dell'imputazione.

Tuttavia, qualificare la teoria di Davidson come mero interpretazionismo – secondo l'opzione ermeneutica di Moore – non è convincente. Se è vero che è la descrizione a connotare un'azione come intenzionale, nel processo *ex post* di interpretazione degli eventi sovviene il concetto di causa, qualificata come «cemento dell'universo»⁴⁴⁰. Ed infatti:

descrivere un'azione come avente un certo scopo o risultato inteso
significa descriverla come un effetto; descriverla come un'azione che ha

⁴³⁹ D. DAVIDSON, *Azioni ed eventi*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 92.

⁴⁴⁰ *Ivi*, p. 29.

un certo risultato significa descriverla come una causa. Nei casi tipici, le attribuzioni di intenzione sono scuse e giustificazioni; le attribuzioni d'azione sono accuse o imputazioni di responsabilità. Ovviamente i due tipi d'attribuzione non si escludono, giacché indicare l'intenzione con cui un atto è stato compiuto è anche, per necessità, attribuire l'essere agenti⁴⁴¹.

Questo passaggio consente di comprendere l'interpretazione, invero molto distante, che Ricoeur dà dello stesso Davidson.

Il discorso di Davidson, per Ricoeur, è segnato dalla mancata riflessione sul soggetto agente, che risulterebbe dissolto nel processo di assimilazione delle azioni agli eventi.

Ciò che al più distingue le azioni dagli eventi, nella lettura ricoeuriana di Davidson, è l'intenzione, che permette di fornire ragioni per le proprie azioni.

E tuttavia, è il fraintendimento circa il senso dell'intenzione che determina la mancata presa in carico di una riflessione sull'agente. L'intenzione, cioè, è sempre considerata da Davidson nella declinazione avverbiale, come modo di prodursi dell'azione che, quando posta in essere *intenzionalmente*, può dirsi tale. Questo processo argomentativo, così, porta Davidson ad affermare che l'intenzione può essere assimilata agli eventi in quanto 'evento' mentale che, posto in relazione con l'evento fisico prodotto dall'azione, trattiene azione e evento nell'indistinzione dell'«ontologia dell'evento anonimo»⁴⁴².

Il significato attribuito da Davidson all'intenzione, allora, per Ricoeur ottunde il suo significato più pregnante, che risiede nella dimensione temporale del futuro. Nel momento della scelta, infatti, ci riconosciamo fenomenologicamente come autori delle nostre azioni. «*L'ascription consiste précisément dans la réappropriation par l'agent de sa propre délibération: se décider c'est trancher le débat en faisant sienne une des option considérées*».

⁴⁴¹ *Ivi*, p. 95.

⁴⁴² P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., p. 78.

Alla stessa riduzione della fenomenologia dell'azione alla sola descrizione era pervenuta la Anscombe⁴⁴³, nel suo lavoro *Intention*, da Davidson definito il più grande trattato sull'azione dopo Aristotele. Nella ricostruzione di Ricoeur, infatti, il suo tentativo di valorizzare le intenzioni aveva in realtà rafforzato l'allontanamento dell'azione dal suo agente.

La pretesa di descrivere con connotato di verità l'azione in termini di intenzione è – sostenendo adesivamente l'opinione di Ricoeur – fallace, perché all'azione si attaglia il carattere non già della verità bensì della veracità, a sua volta indicatore della attestazione. Ciò è ben esemplato dalla confessione, di cui non possiamo dire sia vera o falsa, bensì che sia affidabile, cioè che siamo disposti a *credere* in essa⁴⁴⁴. Non che, tuttavia, la Anscombe fosse disposta a sottoscrivere pienamente questo tipo di lettura. Lei stessa, del resto, dà conto dell'ambiguità di un'espressione utilizzata prima delle lezioni raccolte in *Intention*, «io faccio quel che accade»⁴⁴⁵, suscettibile di incorrere in fraintendimenti. Quel che intende dimostrare la Anscombe attraverso tale formulazione, invero oscura, è la equivalenza delle descrizioni possibili, *a parte subiecti* e *a parte objecti*, del medesimo accadimento. Se, infatti, di una mia azione è possibile una qualificazione in termini di *evento* vista dall'esterno – dunque sotto una descrizione oggettiva – della stessa è possibile fornire una descrizione soggettiva, senza osservazione, qualificabile come azione.

E nel descrivere le azioni intenzionali in quanto tali, sarebbe un errore andare in cerca della descrizione fondamentale di quel che accade – come i movimenti dei muscoli o delle molecole – e poi pensare

⁴⁴³ Così, molto chiaramente Ricoeur: «c'est à mon avis le soucis exclusif pour la vérité de la description qui a tendu à effacer l'interet pour l'assignation de l'action à son agent». *Ivi*, p. 91.

⁴⁴⁴ *Ivi*, p. 92. Una diversa ricostruzione della funzione assolta dalla confessione è offerta da Michel Foucault, nei corsi tenuti nel 1981 di recente pubblicazione. «La confessione è un atto verbale attraverso cui il soggetto fa un'affermazione su ciò che egli è, si lega a questa verità, si colloca in un rapporto di dipendenza nei confronti di altri, e modifica allo stesso tempo il rapporto che ha con se stesso». M. FOUCAULT, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio (1981)*, Einaudi, Torino 2013, p. 9.

⁴⁴⁵ G.E.M. ANSCOMBE, *Intenzione*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2004, p. 103.

all'intenzione come a qualcosa, forse di molto complesso, che le qualifica. Gli unici eventi da considerare sono le azioni intenzionali in sé, e definire un'azione intenzionale significa dire che è intenzionale secondo una qualche descrizione che noi diamo (o potremmo dare) di essa⁴⁴⁶.

La soluzione epistemologica è tuttavia inadeguata agli occhi di Ricoeur. Risolvere la questione dell'azione umana nella diversità dei giochi linguistici che a questa è possibile riferire significa dismettere i panni del filosofo, cui rimarrebbe il mero compito di preservare l'autonomia e l'equivalenza di ogni gioco linguistico⁴⁴⁷.

La posta in gioco è la distinzione tra causa e ragione, affrontata dalla Anscombe conseguentemente al suo programma:

Più un'azione è descritta come una semplice risposta, più ci si spingerà verso la parola causa; laddove più è descritta come risposta a qualcosa che ha un significato su cui l'agente si è soffermato nella sua descrizione, o come una risposta attorniata da pensieri e domande, più ci si spingerà ad usare la parola "ragione"⁴⁴⁸.

In questo senso la Anscombe distingue anche linguisticamente i diversi tipi di connessione logica tra ragione/azione e causa/azione (i.e. evento). La prima diade è infatti esaurita nel *why*, laddove *because of* congiunge la causa all'azione nell'altro gioco linguistico.

Questa distinzione è per Ricoeur mendace. Quando descriviamo un'azione, infatti, usiamo spesso indistintamente i termini causa e ragione, a riprova della

⁴⁴⁶ *Ivi*, p. 73. E ancora: «perciò dire che un uomo sa di stare facendo X significa fornire una descrizione di quel che egli sta facendo secondo la quale lui lo sa. Perciò quando un uomo dice "Non ero consapevole di stare facendo X", e afferma così che la domanda "Perché" non è applicabile, non può sempre essere confutato dal fatto che egli era attento a quelle sue proprie azioni in cui è consistito fare X». *Ivi*, p. 50.

⁴⁴⁷ P. RICOEUR, *Spiegare e comprendere*, in *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Jaca Book, Milano 1989, p. 164.

⁴⁴⁸ G.E.M. ANSCOMBE, *Intenzione*, p. 65.

interferenza inevitabile tra i livelli di descrizione. La ragione di tale commistione è collocata da Ricoeur sul piano, non esplorato dalla allieva di Wittgenstein, dell'antropologia filosofica: «l'uomo è tale proprio perché appartiene al tempo stesso al regime della causalità e a quello della motivazione, quindi quello della spiegazione e quello della comprensione»⁴⁴⁹.

L'origine del fraintendimento, per Ricoeur, risiede nel modo di qualificare il desiderio, inteso al contempo quale «forza che spinge e muove e come ragione d'agire»⁴⁵⁰. Tuttavia tale opposizione è solo astratta: «la realtà presenta piuttosto la combinazione dei due casi estremi nel medio propriamente umano della motivazione, dove il motivo è al tempo stesso mozione del volere e giustificazione»⁴⁵¹.

L'operazione concettuale messa in campo da Ricoeur è comunque di segno inverso rispetto alla filosofia del diritto analitica. Se questi ultimi intendevano trarre dalla teoria dell'azione gli strumenti per risolvere casi giuridici controversi, la filosofia ermeneutica che Ricoeur propone per la 'lettura' delle azioni umane considera il diritto come strumento di arricchimento interpretativo per una possibile fenomenologia dell'*homme capable*. Il soggetto capace di rispondere è riconosciuto come tale anche perché il diritto gli impone di rispondere di quelle 'tracce' – le sue azioni – che egli ha lasciato nel mondo, anche in ragione del (o a cagione del) suo carattere e degli effetti non preventivati delle sue azioni⁴⁵².

⁴⁴⁹ P. RICOEUR, *Spiegare e comprendere*, cit., p. 165. In questo passaggio è chiara la collocazione di questo tipo di argomento ricoeuriano nel più ampio disegno di riavvicinamento dei due poli concettuali "spiegare e comprendere".

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² In questo senso anche Tony Honoré, che proprio per questo considera la responsabilità per i risultati (anche oggettiva) come la forma originaria di responsabilità, cui quella morale e quella giuridica devono adeguarsi. In particolare, la giustificazione che Honoré fornisce per la responsabilità oggettiva, da lui ritenuta prevalente rispetto alla responsabilità per colpa, mostra forti assonanze con quella di Ricoeur: «il fatto è – afferma Honoré – che l'allocatione dei risultati è decisiva nella nostra identità come persone e, se vogliamo rimanere persone che posseggono un'identità, non possiamo porre il problema di essere soggetti alla responsabilità». T. HONORÉ, *Responsabilità e sorte*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, cit., p. 211.

Come si vede, la prospettiva è rovesciata. Non c'è modo per la filosofia dell'azione di fornire risposte descrittivistiche alla complessità del fenomeno giuridico che, anzi, arricchisce di senso l'esercizio stesso della responsabilità.

Una 'traccia' potrebbe provenire, accogliendo l'invito ricoeuriano a non arrendersi alla incomunicabilità tra scienza e filosofia, da alcuni esperimenti di *Brain Computer Interfacing*. Il modo in cui si cercano giustificazioni per i movimenti – pilotati dall'esterno all'insaputa dell' 'agente' – dell'arto artificiale, sentendolo come proprio e riconoscendosi quali autori del movimento non autenticamente proprio⁴⁵³, potrebbe essere letto come forma di riconoscimento – evidentemente non descrittivo – di un agente in quell'azione anche non 'voluta' ma assunta su di sé.

Fuori dalla radicalità della filosofia riflessiva di Ricoeur, quanto sin qui affermato porta a condividere le perplessità avanzate – tra gli altri – da Peter Cane⁴⁵⁴, che nel ricorso della teoria della responsabilità alla teoria dell'azione vedeva la riproposizione di un mero naturalismo.

La complessità, restituitaci da Ricoeur, della fenomenologia della responsabilità, sconsiglia dunque di praticare anche queste declinazioni della teoria dell'azione, come la versione – nient'affatto ingenua – offerta da Donald Davidson ed Elisabeth Anscombe. Più utili saranno invece le riflessioni della filosofia del diritto oxoniense degli ultimi anni.

⁴⁵³ P. HASELAGER, *Did I Do That? Brain-Computer Interfacing and the Sense of Agency*, in *Minds and Machines*, 3, 2013, pp. 405-418.

⁴⁵⁴ Per Cane la teoria dell'azione disconoscerebbe la dimensione eminentemente relazionale della responsabilità: «The more I read of the theoretical literature on responsibility the more I was struck by its focus on individual agents and their mental states and actions, and its lack of interest in outcomes, victims and society». P. CANE, *Author's Introduction and Response to Commentators in Book Symposium: Peter Cane Responsibility in Law and Morality*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 29, 2004, p. 161. La teoria della responsabilità di Peter Cane, che ha insegnato a Oxford per i primi venti anni della sua attività accademica, è esposta in P. CANE, *Responsibility in Law and Morality*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

4. *Ragioni per agire. Responsabilità e razionalità pratica*

Il parametro della razionalità è ciò su cui oggi maggiormente si confronta la teoria della responsabilità dopo Hart, anche grazie all'influsso dell'aristotelismo introdotto a Oxford da Elisabeth Anscombe e Peter Geach⁴⁵⁵.

Prima di riferirsi al pensiero di due tra i più noti allievi di Hart, John Gardner e Joseph Raz – che dal maestro hanno mutuato l'interesse per questo settore della filosofia del diritto – sarà necessario dar conto di alcuni luoghi della pratica giuridica che più chiaramente esibiscono una riattualizzazione della razionalità pratica.

Il ruolo assunto dalle Corti Supreme, impegnate nel sindacato di costituzionalità a più livelli – nazionale e supranazionale – è senz'altro indicativo di tale tendenza, nella misura le tecniche di 'bilanciamento' dei principi sono spesso state oggetto di un'interpretazione per certi versi assimilazionista rispetto al ragionamento morale. Il tema è complesso e la parentesi trova giustificazione ai limitati fini di questo lavoro: la valorizzazione della razionalità pratica come modo privilegiato di darsi del ragionamento giuridico, delle alte corti ma non solo, si riverbera sullo standard di razionalità richiesto all'agente affinché le sue azioni gli possano essere rimproverate.

Anche in accoglimento di *standards* normativi trasnazionali (in particolare i principi Unidroit), la ragionevolezza ha varcato i confini della teoria

⁴⁵⁵ I rapporti tra l'aristotelismo e la filosofia di Oxford sono invero controversi. Come avverte Ricciardi, sostenere l'aristotelismo ortodosso di Austin, Strawson o Hart sarebbe «implausibile»: «L'influenza di Aristotele sulla filosofia di Oxford è piuttosto quella di un modello dai contorni sfumati che orienta il modo di formulare i problemi, il metodo usato per affrontarli, e talvolta anche la soluzione adottata». M. RICCIARDI, *Diritto e natura*, cit., p. 75. In termini di ricostruzione storica, l'influenza di Aristotele si riverbera più direttamente sui lavori di Cook Wilson, «un filosofo di Oxford ormai dimenticato», il quale, secondo l'immagine tramandataci da Isaiah Berlin, aveva come scopo quello di confutare «con l'asciuttezza di Aristotele la filosofia hegeliana prevalente». R. JAHANBEGLOO, *Conversations with Isaiah Berlin. Recollections of an Historian of Ideas*, Orion Books, London 1993, p. 153. Ciò farà dire a Mathieu Marion che, sebbene l'influenza di Cook Wilson su Hart fu trascurabile, lo stesso Hart può a buon diritto essere considerato uno studioso collocabile all'interno della filosofia aristotelica. M. MARION, *Oxford Realism: Knowledge and Perception II*, in *British Journal for the History of Philosophy*, 8 (3), 2000, p. 503.

costituzionale⁴⁵⁶, ed è oggi in via di assestamento come formula di imputazione della responsabilità nel diritto dei privati. La ragionevolezza è infatti parametro principale nella Convenzione di Vienna sui contratti del 1980 (ripresa anche nell'art. 7.1.7 comma 1 dei Principi Unidroit e nell'art. 8:108 § 1 dei Principi Lando), informando la disciplina dell'imputabilità dell'inadempimento⁴⁵⁷. In questo caso si ha riguardo ad un impedimento che la parte non era «ragionevolmente tenuta» a prevedere, assumendo come parametro di riferimento il *topos* della *reasonable person*⁴⁵⁸.

Un altro riferimento normativo proviene dall'analisi di una scusante di recente conio: con la sentenza 364/1988 la Corte Costituzionale ha infatti disatteso l'antico dogma *ignorantia legis non excusat*, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 5 del c.p., nella parte in cui non prevede la scusabilità dell'ignoranza del diritto causata da errore inevitabile. Quello che emerge da questo mutamento di atteggiamento è la valorizzazione della ragionevole esigibilità del comportamento atteso, laddove l'ordinamento giuridico non può spingersi sino alla adozione di un modello normativo di agente razionalmente calcolante, che tutte le leggi è tenuto a conoscere in virtù della loro mera pubblicazione.

⁴⁵⁶ La letteratura costituzionalistica sul punto è molto vasta. Si segnalano *ex multis*: A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, 1994; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 899 e ss; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Esi, Napoli 2007; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli 2011, M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi: ragione, razionalità e ragionevolezza*, Napoli 2011.

⁴⁵⁷ L'art. 79, comma 1, della Convenzione di Vienna recita così: «Una parte non è responsabile per l'inadempimento ad una delle sue obbligazioni se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo, e che non era ragionevolmente tenuto a prevedere al momento della conclusione del contratto o ad evitare o a superarne le conseguenze»

⁴⁵⁸ Così S. TROIANO, voce *Ragionevolezza* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, 2013, pp. 777 e ss. «La tendenza a richiamare la ragionevolezza come criterio di imputazione ed accostarla, in questa funzione, alla diligenza, è attestata, infine, anche dall'art. 129 comma 4 lett. a c. cons., che esclude la rilevanza delle dichiarazioni pubbliche del produttore in ordine alle caratteristiche dei beni quando il venditore dimostri che "non era a conoscenza della dichiarazione e non poteva conoscerla con l'ordinaria diligenza", se si tiene presente che la norma traduce in una valutazione secondo diligenza quello che, invece, nella direttiva, era un giudizio secondo ragionevolezza».

L'idea di razionalità pratica assunta dalla teoria contemporanea della responsabilità, lo si anticipa, non si esaurisce nella dimensione più semanticamente fedele al suo etimo: al nucleo originario di «conto, calcolo», si è andata affiancando una nozione alternativa, che risiede piuttosto nell'immagine di «un equilibrio, di cose o di condotte, rapportato ad una misura concreta ed umana»⁴⁵⁹.

Si tratterà a questo punto di verificare se le teorie contemporanee che imputano il fondamento della responsabilità alla razionalità pratica si prestino ad accogliere in modo più o meno subalterno i risultati della scienza, obliterando la separazione tra piano descrittivo e piano prescrittivo nella attribuzione di responsabilità.

5. La responsabilità fondamentale come capacità

Nel solco della tradizione oxoniense si collocano i recenti lavori di John Gardner, che, mutuando dall'eredità austiniana lo studio delle scusanti, ha costruito a partire da queste una teoria della responsabilità strettamente connessa alla razionalità pratica.

La funzione assolta dalle scusanti è rivelatrice, per Gardner, dei differenti modi di intendere la razionalità. Alla razionalità strumentale sottesa all'idea che le scusanti servano a sottrarsi alla responsabilità – nella ricostruzione di Gardner di matrice hobbesiana – viene contrapposta una razionalità pratica intesa nel senso aristotelico di *logos*⁴⁶⁰, che trova momento di affermazione proprio nella

⁴⁵⁹ M. CORTELLAZZO, P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna 1985, p. 1026.

⁴⁶⁰ «Aristotle had a single word to straddle the conceptual gap. He spoke of *logos*, and the word captured for him, and presumably for his contemporary readers, a single concept. But translators find it hard to capture in English. In the *Ethics* they generally render it as 'reason', but in the *Rhetoric* and *Politics* as 'speech'. Maybe the closest equivalent we have in English is the word 'argument'». J. GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 184. Questo passo, come i seguenti, è contenuto nel saggio *The*

capacità di avanzare scuse per le proprie azioni. A tale proposito Gardner istituisce una *summa divisio* tra responsabilità *conseguenziale*⁴⁶¹ e responsabilità *fondamentale*⁴⁶², in parte mutuata dalla tassonomia hartiana prima menzionata. La responsabilità conseguenziale (*consequential responsibility*) corrisponderebbe alla responsabilità-soggezione, laddove la responsabilità fondamentale rifletterebbe quella che Hart definiva responsabilità-capacità. Considerare le scusanti come mera tecnica avente lo scopo di evitare le conseguenze negative connesse alla responsabilità conseguenziale, significa allora pensare la responsabilità soltanto nella dimensione della razionalità strumentale. Diversamente, intendere le scusanti come luogo di affermazione della capacità di avanzare giustificazioni e scuse per le nostre azioni, evidenzia una mutata concezione della responsabilità, che diventa prodotto della razionalità pratica⁴⁶³.

Ma è nella gerarchia istituita tra le due nozioni di responsabilità che si verifica la distanza rispetto ad Hart⁴⁶⁴. Nonostante Hart si fosse emancipato dallo scritto del 1948, *The Ascription of Responsibility and Rights*, a detta di Gardner non sarebbe riuscito a compiere il passo successivo, mantenendosi troppo fedele alla tradizione giuspositivistica. Pur riconoscendo, infatti, la responsabilità-capacità come quel complesso di competenze che sarebbe auspicabile avere perché si producano gli effetti della responsabilità-soggezione, Hart non arriva a connotare moralmente questo bisogno di corrispondenza tra capacità e

Mark for Responsibility (contenuto nel volume), già pubblicato in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2003, pp. 157-171.

⁴⁶¹ Il sintagma responsabilità conseguenziale è mutuato da R. DWORKIN, *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000, p. 287.

⁴⁶² «I will call it responsibility in the basic sense, or 'basic responsibility' for short». J. GARDNER, *Offences and Defences*, cit., p. 181.

⁴⁶³ «Like any rational being, the defendants in the cases just mentioned wanted to avoid responsibility in the consequential sense; they wanted to avoid facing the unwelcome moral or legal consequences of their wrongs. But they didn't want to do so by denying, or casting doubt on, their responsibility in the basic sense, at least not if they could avoid it. On the contrary, they wanted to *assert* their responsibility in this basic sense. They wanted to assert that, in spite of all they had been through, they were fully responsible adults. And they asserted this precisely by arguing that, although unjustified, their actions were excused». *Ivi*, pp. 181-182.

⁴⁶⁴ Non è tuttavia di ordine logico la priorità della responsabilità fondamentale rispetto a quella conseguenziale. Così Gardner in risposta alle critiche avanzate alla sua teoria della responsabilità: J. GARDNER, *Relations of Responsibility*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, AND M.R. REIFF (a cura di), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 88.

responsabilità, limitandosi ad affermare che ciò si verifica per un'esigenza morale «così come la morale è attualmente intesa»⁴⁶⁵.

Diversamente, per Gardner la responsabilità consequenziale può essere prevista dal diritto solo grazie a quella speciale abilità che Gardner definisce, appunto, responsabilità fondamentale, cosicché il funzionamento istituzionale dei meccanismi di attribuzione di responsabilità finisce per dipendere da una nozione extra-giuridica di responsabilità. La responsabilità fondamentale è dunque manifestazione della razionalità pratica, sostanziandosi nella capacità – giuridica prima di tutto – di avanzare scuse per le proprie azioni, ed è prima ancora un valore in sé, che il diritto non può disconoscere.

Only those who are responsible in the basic sense can offer excuses. That's because responsibility in the basic sense is none other than an ability to offer justifications and excuses. In the idioms we more often use, it is the ability to explain oneself, to give an intelligible account of oneself, to answer for oneself, as a rational being. In short, it is exactly what it sounds like: response-ability, an ability to respond⁴⁶⁶.

Anche quando non si agisce per delle ragioni ben precise, infatti, il fatto stesso di poter rendere ragione delle proprie azioni *ex post* denota il possesso di un'abilità che ci caratterizza in quanto esseri umani: «So as rational beings – beings who are able to follow reasons—we cannot but *want* to follow reasons – to excel in rationality»⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., p. 259.

⁴⁶⁶ *Ivi*, pp. 181-182.

⁴⁶⁷ *Ivi*, p. 178. Gardner utilizza l'argomento anti-scettico di John Finnis, secondo il quale non sarebbe possibile confutare il valore della razionalità senza cadere in contraddizione. J. FINNIS, *Scepticism, Self-refutation, and the Good of Truth*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (a cura di), *Law, Morality, and Society*, Oxford University Press, Oxford 1977.

L'esercizio di questa capacità è dunque solo potenziale, e costituisce la 'Mark of Responsibility' sia nel momento in cui semplicemente agiamo, sia nella fase eventuale in cui avanziamo giustificazioni o scuse per le nostre azioni⁴⁶⁸.

Quanto sin qui riferito consente di trarre alcune considerazioni: la responsabilità intesa alla stregua di capacità di ragionamento pratico sembra senz'altro una giustificazione teorica più affine al concreto modo di atteggiarsi della responsabilità. Se il pedofilo di Vicenza è stato ritenuto responsabile delle sue azioni, così come Gianfranco Stevanin⁴⁶⁹, è probabilmente in accordo ad una teoria della responsabilità di questo tipo, in cui il fatto di essere o meno variamente determinati nelle nostre azioni – in quel caso dal tumore al cervello – non influisce sull'esercizio della capacità di avanzare ragioni:

Our freedom is totally irrelevant to our responsibility. What our responsibility depends on is our ability to explain ourselves rationally, and that is totally unaffected by whether we confronted or engaged with our actions and thoughts and feelings as optional, as things that we could opt to have or not to have by sheer force of will⁴⁷⁰.

La teoria di Gardner, tuttavia, non appare del tutto condivisibile, nella parte in cui assegna alla responsabilità fondamentale – intesa alla stregua di valore – un significato meramente individuale, del tutto disgiunto dalla dimensione relazionale.

Criticando la teoria relazionale di Antony Duff, Gardner distingue tra le nozioni di *responsibility* e *accountability*: «one is accountable, to contemporary

⁴⁶⁸ «The key point for present purposes is that the ability that constitutes one as responsible, in the basic sense, is a *composite* ability. It is an ability which straddles the temporal gap between the wrong or mistake and the trial or recrimination, and which also straddles the conceptual gap between the ability to respond to reasons in what one originally does or thinks or feels, etc., and the ability to use those same reasons in explaining what one did or thought or felt». *Ivi*, p. 184.

⁴⁶⁹ U. FORNARI, I. GALLIANI, *Il caso giudiziario di Gianfranco Stevanin*, cit., *passim*.

⁴⁷⁰ *Ivi*, p. 143.

ears, only if there is someone to whom one is responsible. Accountability therefore has a relational aspect that responsibility lacks»⁴⁷¹.

Ma questa affermazione ha più conseguenze di quanto lo stesso Gardner sarebbe forse disposto ad ammettere. Pur volendo tacere, infatti, e di un'indagine fenomenologica sulla responsabilità – che di questa individua proprio la intersoggettività come tratto costitutivo⁴⁷² – e di un'analisi etimologica tesa a valorizzare, con Michel Villey, la traccia romanistica della *sponsio*⁴⁷³, promessa in garanzia che solo alla presenza dell'altro può aver senso, non è ben chiaro come si possa istituire un legame cooriginario tra responsabilità e razionalità pratica disconoscendo la natura non individuale del *logos*⁴⁷⁴ e del diritto. Del resto, lo stesso Gazzaniga, neuroscienziato riduzionista che legge la libertà come

⁴⁷¹ *Ivi*, p. 194. Ciò è ribadito in un saggio dedicato espressamente alle critiche avanzate da Antony Duff sul punto: J. GARDNER, *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, cit.

⁴⁷² È questo il percorso fenomenologico di Bruno Romano, che rintraccia il tratto del diritto – la sua terzietà – a nella 'coalescenza' tra *logos* (inteso dunque nella sua portata intersoggettiva, e non come virtù privata) e *nomos*: «L'intera questione della legge, del diritto, sorge perché l'uomo è un soggetto parlante, perché, nel dire di un uomo destinato ad un altro uomo, si compie la comunicazione» che rappresenta un «messaggio, sempre polisenso, costituito da almeno una duplicità simultanea di possibili valenze», e che «riapre incessantemente alla dimensione dell'ipotesi». B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Giappichelli, Torino 1999, p. 75.

⁴⁷³ M. VILLEY, *Essay sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit*, 1976, Sirey, Paris. *Amplius* in introduzione.

⁴⁷⁴ Anche Gardner, come Cook Wilson, invoca «l'asciuttezza di Aristotele» nel processo argomentativo teso ad invertire il rapporto tra responsabilità consequenziale e responsabilità fondamentale. E tuttavia richiamando in via adesiva il *logos* come luogo di estrinsecazione della responsabilità fondamentale, Gardner dimentica la natura 'politica' dello stesso. Se l'uomo è *zoon politikon*, lo è anche in quanto *zoon logon ekon*: «da queste considerazioni è evidente che lo stato è un prodotto naturale e che l'uomo per natura è un essere socievole (...). Perché la natura, come diciamo, non fa niente senza scopo e l'uomo, solo tra gli animali, ha la parola (...), fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo, e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto». ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 2, 1253 a, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 6. Tuttavia, l'utilizzo di questo celebre luogo della *Politica* che ne ha fatto il pensiero moderno non è privo di problemi. Se, infatti, Hannah Arendt ha affermato in *Vita Activa* che «ogni volta che è in gioco il linguaggio, la situazione diviene politica per definizione, perché è il linguaggio che fa dell'uomo un essere politico» (H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano 2004, p. 3), non è possibile appiattire il linguaggio (inteso come dire) della Arendt al linguaggio/detto di Aristotele. Per lo Stagirita, infatti, il *logos* (che in Eraclito, non citato da Aristotele, è *comune*) corrisponde ad un ordine immutabile e gerarchicamente ordinato; lo *zoon politikon*, come avverte Adriana Cavarero, «piuttosto, s'intende mediante le parole perché la natura assicura la corrispondenza oggettiva fra l'ordine della comunità e quello del linguaggio che ne esprime i significati». A. CAVARERO, *A più voci. Filosofia dell'espressione vocale*, Feltrinelli, Milano 2003, p. 205. Ad ogni modo, sia che si intenda il linguaggio/*logos* come ciò che assicura il legame comunitario (come nella interpretazione che Habermas dà della lettura arendtiana di Aristotele), sia che lo si pensi come *posterius* rispetto al naturale istinto sociale degli uomini, il *logos* non può essere disgiunto dall'intersoggettività originaria dell'uomo.

insussistente illusione creata dalla natura per perpetuare la specie, afferma che nessuna responsabilità sarebbe possibile fuori dalla natura relazionale dell'uomo⁴⁷⁵.

Più convincente è allora la teoria di recente proposta da Joseph Raz nel suo volume del 2011 *From Normativity to Responsibility*⁴⁷⁶, in cui pure è centrale nel percorso che va dalla normatività alla responsabilità, appunto, il ruolo della ragione pratica. Raz confuta la visione dominante per cui il ragionamento morale sarebbe presidio esclusivo della ragione strumentale⁴⁷⁷. E ciò ben lungi dall'immaginare una netta divisione tra i due tipi di ragionamento: l'unità della Ragione si manifesta nella capacità di riconoscere le ragioni come tali ponendole alla base delle nostre azioni, e nella possibilità che anche un terzo sia disposto a riconoscere la ragione come tale. Lo sforzo di Raz in questa fase si sostanzia nella ricerca di un punto mediano tra una visione della razionalità dalla consistenza ontologica – esito cui sembra giungere l'aristotelismo di Gardner – e una forma di riduzionismo soggettivistico che qualifica come ragione tutto ciò che il singolo presenta come tale.

La dimensione intersoggettiva che Raz attribuisce alla responsabilità è resa più evidente dal fondamento che – non senza una taciuta citazione continentale – consiste nel nostro *Being in the World*⁴⁷⁸. E in quanto modalità tipica del nostro stare al mondo va considerata l'azione intenzionale e poi la responsabilità.

L'obiettivo dichiarato è quello infatti di operare una chiarificazione concettuale⁴⁷⁹ intorno alle caratteristiche dell'azione, intesa come parte della

⁴⁷⁵ «La responsabilità personale è un concetto pubblico, che esiste nel gruppo e non nell'individuo: se voi foste soli al mondo, il concetto di responsabilità personale non esisterebbe. La responsabilità è un concetto vostro verso le azioni altrui e che gli altri hanno verso le vostre. Il cervello è determinato; le persone (più di un singolo essere umano) seguono delle regole vivendo insieme e il concetto di libertà d'azione scaturisce da quell'interazione». M.S. GAZZANIGA, *La mente etica*, Edizioni Codice, Torino, 2006, p. 87.

⁴⁷⁶ J. RAZ, *From normativity to responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁴⁷⁷ Nel saggio, già pubblicato e ampiamente discusso nel mondo anglofono, *On the Myth of Instrumental Rationality*. Ivi, pp. 142 e ss.

⁴⁷⁸ Ivi, pp. 228 e ss.

⁴⁷⁹ Il sintagma chiarificazione concettuale è mutuato da Hart, che in questi termini scriveva nel definire le linee programmatiche dell'analisi del concetto di diritto. Che cosa debba esattamente intendersi per chiarificazione concettuale in *The Concept of Law* è in realtà questione dibattuta, su cui si

nostra esperienza nel mondo, anche attraverso l'analisi del senso comune (e dei suoi fraintendimenti). E il ricorso alla filosofia pratica si giustifica per il fatto che: «*practical philosophy connects with theory of action in that both are concerned with the way intentional actions is what we do in light and because of how things are, and how we take them to be*»⁴⁸⁰.

La tesi di Raz è che le azioni intenzionali sono azioni compiute per ragioni normative, così come percepite dai soggetti agenti. Affinché, cioè, un'azione sia intenzionale è necessario che essa sia posta in essere da un agente che creda nel suo valore, nella 'sembianza di bene' (*Guise of the Good*⁴⁸¹) che l'azione mostra.

Attuare ciò che si deve fare perché a questa azione si riconosce il valore di ragione, che altri sono disposti a riconoscere, compendia dunque l'idea di una normatività intrisa di razionalità pratica, che tuttavia non esaurisce la complessità delle nostre azioni. Snodo centrale nel percorso raziano è quello che viene definito *Normative-Explanatory nexus*, il nesso cioè intercorrente tra ragione epistemica, definita come «reasons for believing in a proposition through being facts that are part of a case for (belief in) its truth», e ragione normativa: «since an unknowable fact cannot guide us, it cannot feature in the (normative-reason based) explanation of conduct and therefore it cannot be a reason»⁴⁸².

Le azioni intenzionali dunque, non possono essere tali solo in considerazione di ciò che sembra una buona ragione – in questo caso non ci sarebbero antidoti contro una ragione artificiale, anche se costruita socialmente –

rimanda a M. RICCIARDI, *Diritto e Natura*, cit., spec. pp. 167 e ss. Altrove Hart aveva enunciato il suo programma metodologico, chiarendo in che senso intendesse qualificare il suo metodo come analitico: «It seems to me that similarly in pursuing analytical inquiries we seek to sharpen our awareness of what we talk about when we use our language. There is no clarification of concepts which can fail to increase our understanding of the world to which we apply them. The successful analysis or definition of complex or perplexing terms or forms of expression have certainly some of the essential elements of the discovery of fact, for in elucidating any concept we inevitably draw attention to differences and similarities between the type of phenomenon to which we apply the concept and other phenomena. In so doing we gain a wider and a more detailed conspectus of both words and of things we are in effect making for ourselves a map of a wider area than that we are used to considering apart from such analytical inquiries». H.L.A. HART, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century. A reply to Professor Bodenheimer*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, 7, 1957, p. 967.

⁴⁸⁰ *Ivi*, p. 4.

⁴⁸¹ *Ivi*, pp. 60 e ss.

⁴⁸² *Ivi*, p. 110.

ma devono superare il ‘filtro epistemico’ costituito dalle ragioni per credere che i fatti posti a fondamento delle ragioni siano ‘veri’. Questo porta Raz ad affermare la razionalità delle emozioni, non assecondando una vulgata che oppone alla fredda ragione calcolante la appassionata difesa dell’ ‘ordine del cuore’⁴⁸³, bensì considerando le stesse suscettibili di una valutazione in termini di ragionevolezza. Se infatti un’emozione riposa su una falsa credenza circa l’evento che ha scatenato la tale emozione, non potrà costituire una ragione per agire, poiché non ha superato il filtro bifronte del *Normative-Explanatory nexus*. L’originalità del pensiero di Raz su questo punto risiede, dunque, nell’aver pensato una sorta di valvola tra il piano descrittivo, cui si attaglia il valore della ‘verità’ (*truth related*), e il piano normativo (nel quale si colloca il diritto) delle ragioni per l’azione⁴⁸⁴.

Sebbene il diritto non sia centrale in questa ultima riflessione raziana, è comunque possibile estendere la teoria di Raz ad alcune questioni oggetto di questo lavoro. La dialettica tra dimensione descrittiva e dimensione prescrittiva, che attraversa la teoria della responsabilità secondo l’ipotesi che si è provato a sostenere, precipita nella nozione, tutta da esplorare giuridicamente, di filtro epistemico, in cui le credenze sui ‘fatti’ devono necessariamente orientare le ragioni per agire e dunque, fuori dalla traccia raziana, il diritto. Regole di responsabilità che pretermettano la descrizione condivisa dei fatti, costruendo artificialmente il nesso di imputazione, sono allora legittime? Come sin qui si è provato a dimostrare, il problema sta anche e soprattutto nella fonte autorizzata a

⁴⁸³ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore. Etica e teoria del sentire*, Garzanti, Milano, 2012.

⁴⁸⁴ Esattamente questa sarebbe la funzione assolta dall’idea hartiana di ‘contenuto minimo’ del diritto naturale, secondo la ricostruzione fornita da Mario Ricciardi: «la tesi che ci sia un contenuto minimo di diritto naturale proposta da Hart è proprio un tentativo di articolare il complesso rapporto che c’è tra le funzioni essenziali del diritto, inteso in senso generale, e certi bisogni degli esseri umani che dipendono da come è fatto il nostro mondo. Le riflessioni di Hart su questo delicato aspetto dell’attività del filosofo mostrano come sia difficile tenere completamente distinta la descrizione dalla valutazione quando la domanda cui vogliamo rispondere non è quella, relativamente banale, di quali siano i criteri che dobbiamo impiegare per riconoscere le regole giuridiche applicabili in un determinato contesto, ma quella, di gran lunga più complessa, di proporre un resoconto per quanto possibile completo, delle funzioni del diritto». M. RICCIARDI, *Diritto e natura*, cit., p. 194.

fornire tale descrizione. Può il diritto affidarsi unicamente alla scienza⁴⁸⁵ per l'acquisizione di una sorta di 'particolari di base'⁴⁸⁶ che giustifichino le ragioni per seguire le regole giuridiche? E la scienza è in grado di fornire assiomi rigidamente costituiti? Le riflessioni sin qui condotte vanno nel senso della problematizzazione di un nesso da Raz presentato in modo probabilmente riduttivo.

Il problema della responsabilità è poi meglio messo a fuoco anche con riferimento alla pratica giuridica. «*The law is not my topic*» afferma Raz, «*but as most detailed discussions of negligence set out to explain its treatment in the law we may learn from them, and from the legal ways of understanding negligence*»⁴⁸⁷. Dunque il settore della colpa è ciò che meglio può esemplificare l'operatività della sua teoria, in base alla quale le azioni per le quali siamo ritenuti responsabili sarebbero quelle che istituiscono un legame con le nostre capacità di agenti razionali.

Più diffusamente, la tesi avanzata da Raz, da lui definita come *Rational Functioning Principle*, è che siamo responsabili per le azioni che risultano dall'esercizio dei nostri poteri razionali, in un momento in cui questi non siano sospesi. «*Conduct for which we are (non-derivatively) responsible² is conduct that is the result of the functioning, successful or failed, of our powers of rational agency, provided those powers were not suspended in a way affecting the action*»⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ La 'svolta naturalistica' (*naturalistic turn*) imposta da Quine a partire dagli anni Cinquanta, volta alla dissoluzione della dicotomia tra verità analitiche e verità sintetiche, si è infatti riverberata anche sul diritto. Sui modi attraverso cui la giurisprudenza si è resa disponibile a questo programma naturalista, si è detto nei primi due capitoli. È appena il caso di segnalare una tendenza recente all'interno della filosofia del diritto americana a riabilitare *contra la jurisprudence* analitica il realismo giuridico americano, inteso alla stregua di precursore della svolta naturalistica di Quine. L'autore maggiormente rappresentativo di questo percorso è Brian LEITER, di cui si vedano in particolare: *Naturalized Jurisprudence And American Legal Realism Revisited*, *Law & Philosophy* 2011, pp. 409 e ss.; *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007. La letteratura italiana sul punto è lacunosa; per una prima ricostruzione si veda M. RICCIARDI, *Diritto e natura*, cit., spec. pp. 204-219.

⁴⁸⁶ L'espressione è mutuata da P. STRAWSON, *Individuals: an Essay in Descriptive Metaphysics*, cit., p. 37.

⁴⁸⁷ J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, cit., p. 255.

⁴⁸⁸ *Ivi*, p. 231.

Dunque ben oltre i confini tracciati dalle azioni intenzionali, il dovere di rispondere costituisce quasi un *prius* logico, dal momento che testimonia, come si diceva, il nostro «essere nel mondo», strutturando la nostra identità⁴⁸⁹.

Richiamando il dibattito anglo-americano sorto a seguito della pubblicazione di *Punishment and Responsibility*, Raz valorizza riattualizzandola la responsabilità-capacità, la quale consiste nella possibilità di istituire un collegamento adeguato tra le azioni compiute e l'esercizio della razionalità pratica. Tale legame è ravvisabile, dunque, non solo nei casi di azione intenzionale o di azioni controllate, o comunque poste in essere sotto la guida della ragione. L'esercizio della responsabilità, anche fuori dai confini tracciati dalle pratiche giuridiche, comporta così l'attribuzione di responsabilità anche per le attività meramente negligenti, trovando questa fondamento nel nostro «essere nel mondo», e strutturando l'identità del soggetto agente in quanto essere razionale.

First, our life, its successes, failures, and meaning, are bound up with our interaction with the world, impact on it, and it's impact on us. Second, while in some of our activities we put ourselves at the mercy luck and sometimes that may be the point, the thrill of it, in others we rely on our skills, confident, to various degrees, that we know how to succeed given normal conditions. Third, our sense of who we are while in part determined independently of our activities (say by gender or ethnicity and their social meanings) is in part determined by our sense of our abilities and their limitations (against the background of the natural and social environment of our life), which (in ways dependent on our temperament and dispositions) fixes the limits of our ambitions and aspirations⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ La tesi è rinvenibile *in nuce* nel suo precedente J. RAZ, *I valori tra attaccamento e rispetto*, Diabasis, Reggio Emilia 2003.

⁴⁹⁰ E, di seguito: «Fourth, that sense of who we are is continuously being moulded through our understanding of our actions, which reinforces, extends or undermines our confidence in our abilities and skills. Fifth, the process of shaping who we are is normatively driven, that is we form views of who or what we want to be in light of view of what people like us should be. Sixth, our actions and their success

Questa traccia è presente anche nel dibattito americano richiamato in apertura del presente lavoro. La domanda che ha originato queste riflessioni, e sta sul tavolo dei giuristi americani dal 2004, è se le neuroscienze per il diritto cambino tutto o niente. Ricostruendo le ragioni di quel dibattito era emersa la posizione di Stephen Morse, particolarmente consonante con le opinioni appena riferite a Gardner e Raz⁴⁹¹. Pur ritenendo vero il determinismo, Morse accettava infatti una teoria della responsabilità molto vicina ai post-hartiani, in cui non solo il possesso della razionalità pratica è condizione per l'attribuzione di responsabilità, ma la stessa responsabilità è espressione di quella capacità di agire secondo ragioni che viene definita ragione pratica. Questa maturazione del percorso riflessivo di Morse, lo ha portato da ultimo ad affermare la rilevanza della psicopatia nelle pratiche di attribuzione della responsabilità:

irrational desires do not deprive the agent of normative competence unless they somehow disable the rational capacities just addressed or produce an internal hard-choice situation distinguishable from the choices experienced by people with equally strong, rational desires. Although the law does not furnish an excusing condition to psychopaths, people who lack a conscience and the capacity for empathy, I believe that they are morally irrational and should be excused⁴⁹².

Morse afferma così che il diritto dovrebbe adoperare una formula intermedia di responsabilità – “*Guilty But Partially Responsible*” – basata sulla diminuzione di razionalità.

Un approdo provvisorio a queste riflessioni potrebbe essere nel senso della valorizzazione della razionalità pratica – anche nella teoria della responsabilità –

both reveal who we are and make us who we are, in ways that are often difficult to disentangle». J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, cit., p. 239.

⁴⁹¹ Questa posizione emerge in particolare misura in uno scritto di Morse del 2013, *Rationality and Responsibility*, cit., *passim*.

⁴⁹² *Ivi*, p. 264.

come strumento di sottrazione alla pretesa veritativa della scienza che l'incedere del naturalismo nella scienza giuridica sembra presagire. La provvisorietà della soluzione non consente di trovare sufficiente conforto, restando problematico il filtro pure necessario tra – mutuando la terminologia raziana – ragioni normative e ragioni epistemiche, che riflette la persistente attualità nella riflessione filosofico-giuridica dell'antico tema della separazione tra essere e dover essere.

CONCLUSIONI

L'interrogativo cui queste riflessioni hanno cercato di fornire risposta non è stato evaso nella forma binaria del sì/no. La spiegazione scientifica dell'uomo fornita dalle neuroscienze non permette senz'altro di liquidare con leggerezza i concetti giuridici tradizionali, responsabilità e imputabilità tra tutti; e altrettanto impraticabile appare la reazione contraria di considerare del tutto irrilevanti le acquisizioni scientifiche entrate, se non altro, nel discorso di giuristi, oltre che nel pubblico dibattito. Alla secca alternativa tra tutto/niente (assunti come dimensioni del cambiamento) si è scelto di opporre una 'via lunga', che, interrogando la pratica giuridica – testi di legge, direttive europee, sentenze italiane e straniere entrate in circolo attraverso una inedita circolazione di massime – ha evidenziato una tensione irrisolta tra la tendenza del diritto a farsi artificio e momenti di accettazione della pretesa veritativa delle scienze, verso forme di neo-naturalismo.

Il rapporto tra diritto e scienza è emerso nella forma di una interazione aperta, dagli esiti non prevedibili, non solo per i diversi equilibri che il sapere giuridico riesce a stabilire con il discorso scientifico, ma anche per la incerta autocomprensione della scienza stessa, chiamata a effettuare un'opera di revisione dei propri presupposti epistemologici.

Ciò rafforza nella convinzione che il dialogo 'impossibile e necessario' tra diritto e scienza non possa articolarsi nella forma di supina accettazione di assunti esposti alla falsificabilità, nella misura in cui la stessa scienza mette in guardia circa l'assolutizzazione di certi suoi prodotti.

Che tuttavia questo dialogo sia necessario è evidente, non solo a fronte della constatazione episodica dell'avanzamento della tecno-scienza e del suo

imporsi nelle aule di tribunale, ma anche, invertendo i termini della questione, ritendendo questo dato come coestensivo al nostro tempo.

Non è allora più tempo di schierarsi tra apocalittici e integrati, dovendo piuttosto fare proprio l'atteggiamento filosofico di Ricoeur, che dal discorso scientifico ha sempre tratto proficui elementi di arricchimento della sua fenomenologia dell'*homme capable*. Il soggetto giuridico ripensato nell'età della tecno-scienza, allora, potrà preservare le proprie possibilità di esercizio della responsabilità accogliendo gli elementi di conoscenza di sé, che proverranno dalle neuroscienze non meno che da altri saperi, per 'rimoralizzare' l'esercizio della responsabilità. Unico modo, questo, per non sentirsi schiacciati sotto il peso della responsabilità – inevitabile – che il diritto ci impone, a fronte di un racconto di irresponsabilità totale offerto dai neuro-deterministi *hard*.

La teoria della responsabilità, dunque, è chiamata, come Feinberg intravedeva alcuni decenni fa, alla interazione fitta con le scienze, nella consapevolezza tuttavia che il differente approccio teorico di fondo influenza il modo in cui questi risultati incidano nella pratica giuridica.

Per questo motivo l'utilizzo che della teoria dell'azione è stato fatto si è rivelato inadeguato. Subordinare il giudizio di responsabilità alla indagine descrittiva circa lo statuto di agente è pratica che si presta alla incorporazione supina di risultati scientifici mutevoli. Del pari, l'opzione formalistica pura, se pure ha il pregio di preservare l'autonomia della normatività giuridica, è sprovvista di strumenti teorici in grado di dialogare con le scienze.

Piuttosto, si è rivelata proficua la valorizzazione della istituzione di un legame tra responsabilità e razionalità pratica (Raz), che individua nella capacità di avanzare motivazioni per le proprie azioni il nucleo della responsabilità, dove «il motivo è al tempo stesso mozione del volere e giustificazione» (Ricoeur).

La razionalità di cui ha bisogno la nuova responsabilità va intesa allora come processo mai risolto – dunque non riducibile alla sua rappresentazione scientifica – di istituzione collettiva del *logos*, in ragione del quale ogni *nomos*,

escludendo il fatto, preserva la sua funzione di garantire la vita in comune (Romano).

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT A., *Stem-cell ruling riles researchers*, in *Nature*, vol. 495, 28 marzo 2013, pp. 418 ss.

AGOSTA S., CASTIELLO U., RIGONI D., LIONETTI S., SARTORI G., *The Detection and the Neural Correlates of Behaviour (Prior) Intentions*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 23, 2011, pp. 3888-3902.

ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.

ANSCOMBE E., *Prolegomeno all'elaborazione di una definizione di "omicidio"*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

ANSCOMBE G.E.M., *Intenzione*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2004.

ARENDT H., *Vita Activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano 2004.

ARENELLA P., *Character, Choice, and Moral Agency: The Relevance of Character in our Moral Culpability Judgements*, in *Social Philosophy and Policy*, 7, 1990, pp. 29-58.

ARISTOTELE, *Opere*, vol. I, Mondadori, Milano 2008.

ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 2, 1253 a, Laterza, Roma-Bari 2009.

ARNAUDO L., *Diritto cognitivo. Prolegomeni di una ricerca*, in *Politica del Diritto*, 1, 2010, pp. 101 e ss.

AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law*³, John Murray, London 1869.

AUSTIN J.L., *A Plea for excuses*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956-7.

BALLARINI A. (a cura di), *Costituzione, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 2014.

BANDINI T., *Riflessioni critiche sulla nozione di infermità in psichiatria forense*, in L. DELL'OSSO, LOMI A. (a cura di), *Diagnosi psichiatrica e DSM-III-R*, Giuffrè, Milano 1989.

BARATTA A., *Per una concezione dialettica della libertà del volere come presupposto della pedagogia criminale*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato. Convegno di diritto penale. Bressanone 1963*, Cedam, Padova 1964.

BAUM M. L., *The Monoamine Oxidase A (MAOA) Genetic Predisposition to Impulsive Violence: Is it relevant to Criminal Trials?*, in *Neuroethics*, 6, 2013, pp. 287-306.

BECCHI P., *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro* in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 2009, pp. 379 e ss.

BECHTEL W., *Filosofia della scienza e scienza cognitiva*, Laterza, Roma-Bari 2001.

BENNETT M., DENNETT D., HACKER P., SEARLE J., *Neuroscience and Philosophy: Mind, Brain and Language*, Columbia University Press, New York 2007.

BENNETT M., HACKER P., *Philosophical Foundation of Neuroscience*, Blackwell, Oxford 2003.

BERTOLINO M., La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico-penali, in G. GULOTTA, *Trattato di psichiatria giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano 1987.

BIANCHI A., GULOTTA G., SARTORI G. (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano 2009.

BLOOR D., *Knowledge and Social Imagery* (1976), University of Chicago Press, Chicago 1991.

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2011.

BOELLA L., *Neuroetica. La morale prima della morale*, Raffaello Cortina, Milano 2008.

BORDEN L.S., KOZLOWSKI P.M., PORTER C.R., CORMAN J.M., *Mechanical failure rate of Da Vinci robot system*, in *The Canadian Journal of Urology*, 14, 2007, pp. 3499–3501.

BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2009.

BURNS J.M., SWERDLOW R.H., *Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign*, in *Arch Neurol.*, 3, 2003, pp. 437-440.

CANANZI D., *Interpretazione Alterità Giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Giappichelli, Torino 2008.

CANANZI D.M., *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Giappichelli, Torino 2008.

CANE P., *Author's Introduction and Response to Commentators in Book Symposium: Peter Cane Responsibility in Law and Morality*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 29, 2004.

CAPOGRASSI G., *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, vol. III, Giuffrè, Milano 1959.

CAPPUCCIO M. (a cura di), *Neurofenomenologia. Le scienze della mente e la sfida dell'esperienza cosciente*, Bruno Mondadori, Milano 2006.

CARCATERRA G., *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano 1969.

CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2012.

CARNAP R., *I fondamenti filosofici della fisica. Introduzione alla filosofia della scienza*, Il Saggiatore, Milano 1971.

CARUANA F., *La traduzione radicale dal cervello: Quine e il neuroscienziato*, in *Rivista di Filosofia*, 1, 2013, pp. 77-96.

CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2010, pp. 337 e ss.

CASHMORE A.R., *The Lucretial Swerve: The biological Basis of Human Behaviour and the Criminal Justice System*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 107, pp. 4499-4504.

CASSIRER E., *La filosofia dell'illuminismo*, La nuova Italia, Firenze 1973.

CASTELLS M., *Galassia internet*, Feltrinelli, Milano 2007.

CATANIA A., *Decisione e norma*, Jovene, Napoli 1979.

CATANIA A., MANCUSO F. (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimesis, Milano-Udine. 2011.

CATANIA A., *Teoria e filosofia del diritto: temi, problemi, figure*, Giappichelli, Torino 2006.

CATTANEO M., *Premessa 1991*, a H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino 2002

CATULLO F.G., *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*, in *Giur. mer.*, 1, 2011, pp. 159 e ss.

CAVARERO A., *A più voci. Filosofia dell'espressione vocale*, Feltrinelli, Milano 2003.

CERRI A., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, 1994.

CHANGEUX J.-P., *L'homme neuronal*, Fayard, Paris 1983, trad. it. *L'uomo neuronale*, Feltrinelli, Milano 1988.

CHANGEUX J.P. E RICOEUR P., *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris 1998, p. 19, trad. it. a cura di M. Basile, *La natura e la regola*, Raffaello Cortina, Milano 1999.

CHANGEUX P., P. RICOEUR, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris 1998, trad. it. a cura di M. Basile, *La natura e la regola*, Raffaello Cortina, Milano 1999.

CHELI E., *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli 2011.

CHISHOLM R.M., *Human Freedom and the Self. The Langley Lecture*, University of Kansas, 1964.

CODOGNOTTO S., SARTORI G., *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2010.

COLEMAN J., *The Practice of Principle*, Clarendon Press, Oxford 2001.

CORTELLAZZO M., ZOLLI P., *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna 1985.

COSTA V., *Esperire e parlare. Interpretazione di Heidegger*, Jaca Book, Milano 2006.

COTTA S., *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna 1968.

COTTA S., *Soggetto umano soggetto giuridico*, Giuffrè, 1997.

CRESPI A., voce *Imputabilità*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffrè, Milano 1970, p. 772.

CROCE B., *Responsabilità*, in *Etica e Politica* [1931], Laterza, Bari 1945.

D'AMICO G., *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2013, pp. 420 e ss.

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.

DAMASIO A., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* (1994), Adelphi, Milano 2001.

DAVIDSON D.C., *Azioni ed eventi*, Il Mulino, Bologna 2000.

DAVIS W., *Afterword. Responsibility in a Postmodern World*, in *Taking Responsibility*, University Press of Virginia, Charlottesville-London 2001.

DE CARO M., A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010.

DE CARO M., *Libero arbitrio. Una introduzione*, Laterza, Roma-Bari 2009.

DE CARO M., MARRAFFA M., *Libertà, responsabilità, retributivismo*, in *Sistemi Intelligenti*, 2, 2010, pp. 357 e ss.

DE GIORGI R., *Azione e imputazione. Semantica e critica di un principio nel diritto penale*, Milella, Lecce 1984.

DE MONTICELLI R., *Che cos'è una scelta? Fenomenologia e neurobiologia*, in: DE CARO M., A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010.

DE MONTICELLI R., *L'ordine del cuore. Etica e teoria del sentire*, Garzanti, Milano 2012.

DENNETT D., *Philosophy as Naive Anthropology: Comment on Bennett and Hacker*, in BENNETT M., DENNETT D., HACKER P., SEARLE J., *Neuroscience and Philosophy: Brain, Mind and Language*, Columbia University Press, New York 2007.

DENNETT D.C., *L'evoluzione della libertà*, Raffaello Cortina, Milano 2004.

DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, Milano 2008.

DI GIOVINE O., *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Archivio Penale*, 3, 2011.

DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2, 2002, p.

DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009.

DI VITTORIO P., *Foucault e Basaglia: l'incontro tra genealogia e movimenti di base*, Ombre Corte, Verona 1999.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 58

DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, pp. 635-712.

DUMMETT M., *Origins of Analytic Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1996.

DURKHEIM É., *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Torino 1999

DURKHEIM E., *Les forme élémentaires de la vie religieuse*, Alcan, Paris 1912, pp. 518 e ss., trad. it. a cura di C. Cividali (1963), rivista da M. Rosati per Meltemi, Roma 2005.

DWORKIN R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge-London 2011.

DWORKIN R., *Sovereign Virtue. The Theory and the Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2000.

ERACLITO, *Frammenti*, Rizzoli, Milano 2013.

EWALD F., *L'État providence*, Bernard Grasset, Paris 1986.

FARAH M., *Neuroethics: The Practical and the Philosophical*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 91, 2005, pp. 34-40

FEINBERG J., *Collective responsibility*, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 65, 21, Sixty-Fifth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division, 7 novembre 1968.

FEINBERG J., *Doing and deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton 1970.

FEINBERG J., SHAFER-LANDAU R., *Reason and Responsibility: Reading in Some Basic Problems of Philosophy*, Wadsworth, New York 2002.

FÉRAUD J.-F., *Dictionnaire critique de la langue française*, Marseille, 1788.

FERRACUTTI F. (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. 13: Psichiatria forense generale e penale, Giuffrè, Milano 1990.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari 1996.

FERRARIS M., *Anima e iPad. E se l'automa fosse lo specchio dell'anima?*, Guanda

FEYERABEND P.K., *Contro il metodo*, Feltrinelli, Milano 1979.

FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 5, 2005.

FINNIS J., *Scepticism, Self-refutation, and the Good of Truth*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (a cura di), *Law, Morality, and Society*, Oxford University Press, Oxford 1977.

FLETCHER G., *Rethinking Criminal Law*, Brown, Boston 1978, pp. 799-802.

FOOT P., The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect in ID., *Virtues and Vices*, Basil Blackwell, Oxford 1978.

FOOT P., *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect* in ID., *Virtues and Vices*, Basil Blackwell, Oxford 1978.

FORNARI U., I. GALLIANI, *Il caso giudiziario di Gianfranco Stevanin*, Centro Scientifico Editore, Torino 2003.

FORZA A., *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Rivista Penale*, 1, 2010, pp. 75 e ss.

FOUCAULT M., *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Feltrinelli, Milano 2010.

FOUCAULT M., *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio (1981)*, Einaudi, Torino 2013.

FREEMAN M., *Law and neuroscience. Current legal issues* Vol. 13, Oxford University Press, Oxford 2011.

FUSELLI S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano 2008.

GALLAGHER S., *The neural platonist*, in *The Journal of Consciousness Studies*, 5, 1998, p. 706,

GARDNER J., *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, Oxford 2011.

GARDNER J., *Hart and Feinberg on responsibility*, in AA. VV., *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008.

GARDNER J., *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.

GARDNER J., *Relations of Responsibility*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, AND M.R. REIFF (a cura di), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, Oxford 2011.

GAZZANIGA M., *La mente inventata. Le basi biologiche dell'identità e della coscienza*, Guerini e Associati, Milano 1999.

GAZZANIGA M.S. (a cura di), *Cognitive Neuroscience: A reader*, Blackwell Publisher, Oxford 2000.

GAZZANIGA M.S., *La mente etica*, Edizioni Codice, Torino, 2006.

GAZZANIGA M.S., *The Law and Neuroscience*, Neuron, 60, 2008.

GEACH P.T., *Ascriptivism*, in *Philosophical Review*, 1960.

GEMELLI A., *Metodi compiti e limiti della psicologia nello studio e nella prevenzione della delinquenza*, Vita e pensiero, Milano 1936.

GIANNONE CODIGLIONE G., *Funzione «AutoComplete» e neutralità del prestatore di servizi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2013, pp. 547 e ss.

GIULIANI A., *Imputation et justification*, in *Archives de philosophie de droit*, Dalloz, Paris 1977.

GOYARD FABRE S., *Responsabilité morale e responsabilité juridique selon Kant*, in *Archives de philosophie de droit*, Dalloz, Paris 1977.

GREENE J., COHEN J., *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359, 2004.

GREENE J.D., *Moral Tribes: Emotions, Reason and the Gap between Us and Them*, Penguin, New York 2013.

GREENE J.D., *The secret joke of Kant's soul*, in W. SINNOTT-ARMSTRONG (a cura di), *Moral Psychology, Vol. 3: The Neuroscience of Morality*, MIT Press, Cambridge (MA) 2007.

GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

GROSSI P., *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in ID. (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 16 – 19 Ottobre 1972, Giuffrè, Milano 1973.

GROSSI P., *Società diritto stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006.

GULOTTA G., *Trattato di psichiatria giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano 1987.

HART H.L.A., *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century. A reply to Professor Bodenheimer*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, 7, 1957.

HART H.L.A., HONORÉ A.M., *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford 1959.

HART H.L.A., *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino 2002.

HART H.L.A., L'ascrizione di responsabilità e di diritti, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964.

HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 1968, trad. it. a cura di M. Iori, *Responsabilità e pena*, Edizioni Comunità, Milano 1981.

HASELAGER P., *Did I Do That? Brain-Computer Interfacing and the Sense of Agency*, in *Minds and Machines*, 3, 2013, pp. 405-418.

HAYNES J.-D., *Posso prevedere quello che farai*, in *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice, Torino 2010.

HEIDEGGER M., *Che cosa significa pensare?*, SugarCo, Milano 1996.

HEIDEGGER M., *Filosofia e cibernetica*, ETS, Pisa 1988.

HEIDEGGER M., *Linguaggio tramandato e linguaggio tecnico*, ETS, Pisa 1997.

HEIDEGGER M., *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano 2007.

HEIDEGGER M., *Seminari di Zollikon*, Guida, Napoli 2000.

HENRIOT J., *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité"*, in *Archives de philosophie de droit*, Paris, 1977.

HOBBS T., *Il Leviatano o la materia, la forma, e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), Laterza, Roma-Bari 2005.

HONORÉ T., *Responsabilità e sorte*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

HUME D., *Ricerca sull'intelletto umano* (1748), Laterza, Roma-Bari 1996.

HUME D., *Ricerca sull'intelletto umano*, Laterza, Roma-Bari.

IERVOLINO D., *Introduzione a P. Ricoeur, Filosofia e linguaggio*, Guerini e Associati, Milano 2000.

INTRIERI C., *Le neuroscienze e il paradigma della nuova prova scientifica*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano 2009.

IRTI N., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

IRTI N., *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari 2013.

IRTI N., *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001.

IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.

JAHANBEGLOO R., *Conversations with Isaiah Berlin. Recollections of an Historian of Ideas*, Orion Books, London 1993.

JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano 2001,

JASANOFF S., *What judges should know about sociology of science*, in *Jurimetrics*, 32, 1991-1992.

JENNETT B., PLUM F., *Persistent vegetative state after brain damage. A syndrome in search of a name*, in *Lancet*, 1972.

JERVOLINO D., *Il cogito e l'ermeneutica: la questione del soggetto in Ricoeur*, Napoli, 1984.

KANT I., *Critica della ragion pratica* (1788), Laterza, Roma-Bari 1974.

KAUFMANN A., *Diritto e linguaggio*, in *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003.

KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (NJ) 2006.

KELSEN H., *Gott und Staat*, in *Logos*, 11, 1922-23, trad. it. *Dio e Stato*, ESI, Napoli 1988.

KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2000.

KELSEN H., *Società e natura. Ricerca sociologica*, Bollati Boringhieri, Torino 1992.

KELSEN, *Causality and Imputation*, in *Ethics*, 1950, trad. it. a cura di R. Treves, *Causalità e imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000.

KENNY A., *L'esperto in tribunale*, in F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

KING A., R. JAMES, R. BLAIR, D.G.V. MITCHELL, R.J. DOLAN, N. BURGESS, *Doing the right thing: A common neural circuit for appropriate violent or compassionate behavior*, in *NeuroImage*, vol. 30, 3, 2006.

KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1969.

LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi: ragione, razionalità e ragionevolezza*, Napoli 2011.

LACEY N., *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford 2004.

LACEY N., *State Punishment*, Routledge, London 1988.

LATOUR B., *For Bloor and beyond. A reply to David Bloor's Anti-Latour*, in *Studies in History and Philosophy of Science*, Vol. 30, 1, 1998.

LATOUR B., *La fabrique du droit Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris 2004.

LATOUR B., *Non siamo mai stati moderni. Saggio di antropologia simmetrica*, Elèuthera, Milano 1995.

LATOUR B., *Scientific object and legal objectivity*, in A. POTTAGE, *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

LAVAZZA A., L. SAMMICHELI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?* In M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010.

LAVAZZA A., *Responsabilità sotto attacco e saggezza del diritto*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI G., *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Codice Edizioni, Torino 2013.

LAVAZZA A., SAMMICHELI L., *Se non siamo liberi possiamo essere puniti?*, In DE CARO, LAVAZZA, SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, 2010.

LEITER B., *Naturalized Jurisprudence And American Legal Realism Revisited*, *Law & Philosophy* 2011, pp. 409 e ss.;

LEITER B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2007.

LOSANO M.G., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, *Introduzione a H. Kelsen, Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985.

LUCK M., MCBURNEY P., SHEHORY O., WILLMOTT S., *Agent technology: computing as interaction (a roadmap for agent based computing)*, 2005.

MACINTYRE A., *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Armando, Roma 2007.

MAIORCA C., voce *Responsabilità (teoria gen.)* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè.

MAIWALD M., *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999.

MANCUSO F., *Bioetica e malattia mentale: il malato psichico come 'persona'*, in *Bioética: Herramienta de Políticas Públicas y los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI*, Buenos Aires 2012.

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, pp. 779 e ss.

MANTOVANI F., *L'imputabilità sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTTI (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, vol. 13: *Psichiatria forense generale e penale*, Giuffrè, Milano 1990.

MARCELLO G.I., *Voce dolo (dir. pen)*, in *Enc. Giur.*, Giuffrè, Milano 1964.

MARCHETTI P., *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2 Giugno-Dicembre 2012.

MARCUS S.J. (a cura di), *Neuroethics: Mapping the Field, Conference Proceedings*, The Dana Foundation, New York 2002.

MARINO G., *Diritto verità dell'azione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011.

MARION M., *Oxford Realism: Knowledge and Perception II*, in *British Journal for the History of Philosophy*, 8 (3), 2000.

MARZOCCO V., *Le neuroscienze e le nuove prospettive della "vita materiale"*. *Nuove prospettive o antichi problemi*, in A. BALLARINI (a cura di), *Costituzione, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 101 e ss.

MARZOCCO V., ZURLO S., *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum biodiritto 2009. I dati genetici nel biodiritto*, Cedam, Padova 2011.

MCCABE D.P., CASTEL A.D., *Seeing is Believing: the Effect of Brain Images on Judgement of Scientific Reasoning*, in *Cognition*, 107, 2008.

MERZAGORA BETSOS I., *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2011, pp. 196 e ss.

MINSKY M., *La società della mente* (1987), Adelphi, Milano 2001.

MITROPHANOUS E., *Soft Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, pp. 621-641;

MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Esi, Napoli 2007.

MONTI M.M., VANHAUDENHUYSE A., COLEMAN M.R., BOLY M., PICKARD J.D., TSHIBANDA L., OWEN A.M., LAUREYS S., *Willful modulation of brain activity and communication in disorders of consciousness*, in *New England Journal of Medicine*, 362, 2010a, pp. 579-589.

MOORE M.S., *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implication for Criminal Law* (1993), Oxford University Press, Oxford 2010.

MOORE M.S., *Causation in Law. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford 2009.

MOORE M.S., *Scelta, carattere e scusanti*, in F. SANTONI DE SIO (a cura di), *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

MOORE M.S., *The Metaphysics of Causal Intervention*, in *Cal. L. Rev.*, 88, 2000.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001.

MORSE S., *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006.

MORSE S., *Common Criminal Law Compatibilism*, in N. VINCENT, *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford University Press, 2013.

MORSE S., *Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience*, in *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 9, 2008, pp. 1-36.

MORSE S., *Lost in Translation?: An Essay on Law and Neuroscience* in M. FREEMAN, *Law and neuroscience. Current legal issues* Vol. 13, Oxford University Press, Oxford 2011.

MORSE S., *Rationality and Responsibility*, in *Southern California Law Review*, 74, 2000, pp. 251-268.

MORSE S.J., *Avoiding Irrational NeuroLaw Exuberance: A Plea for Neuromodesty*, in *Mercer Law Review*, 62, 2011, pp. 837 e ss.

MORSE S.J., *New neuroscience, old problems*, in B. Garland, *Neuroscience and the law: brain, mind, and the scales of justice*, Dana Press, New York 2004.

MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS, *Medical aspects of the Persistent Vegetative State*, in *The New England Journal of Medicine*, 330, 1994.

MUSUMECI E., *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012.

NACHEV P., HUSAIN M., *Comment on 'Detecting Awareness in Vegetative State'*, in *Science*, 2007.

NAGEL T., *Sorte morale* (1987), trad. it. in Id., *Questioni mortali*, Il Saggiatore, Milano 2001.

NITSCH C., *Sul diritto primitivo (e le sue traiettorie evolutive). Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, in A. BALLARINI (a cura di), *Costituzione, morlae, diritto*, Giappichelli, Torino 2014.

NITZSCHE F.W., *Genealogia della morale*, Adelphi, Milano 1968.

NOZICK R., *Spiegazioni filosofiche*, Il Saggiatore, Milano 1987.

OLIVERIO A., *Neuroscienze. Una introduzione*, Laterza, Roma-Bari.

OLIVERIO A., *Prima lezione di neuroscienze*, Laterza, Roma-Bari 2011.

OWEN A.M. ET AL., *Detecting Residue Cognitive Function in Persistent Vegetative State*, in *Neurocase*, 8, 2002, pp. 394-403.

OWEN A.M., M.R. COLEMAN, *Functional Neuroimaging of the Vegetative State*, in *Nature Reviews. Neuroscience*, 9, 2008, pp. 235 ss.

PAGALLO U., *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Springer Dordrecht Heidelberg New York London 2013.

PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2005.

PALADIN L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 899 e ss.

PALIERO C.E., *La causalità nell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. medicina legale*, 1992.

PARDO M.S., D. PATTERNSON, *Neuroscience, Normativity and Retributivism*, in T.NADELHOFFER (a cura di), *The Future of Punishment*, Oxford University Press, Oxford 2013.

PARISOLI L., *Soggetto responsabile, sanzione collettiva e principi morali: suggestioni kelseniane in tema di politica internazionale*, in *Filosofia politica*, 3, 1997.

PARSONS T., *Book Review of Hans Kelsen, Society and Nature. A Sociological Inquiry*, in *Harvard Law Review*, 1944, pp. 140-144.

PESSINA E., *Manuale del diritto penale italiano*², Eugenio Marghiori editore, Napoli 1899.

PIETRINI P., BIANCHINI V., *Homo ferox. The contribution of functional brain studies to understanding the neural bases of aggressive and criminal behaviour*, in *International Journal of Law and Psychiatric*, 4, 2009, pp. 259-265.

PITCHER G., *Hart on Ascription and Responsibility*, in *Philosophical Review*, 1960.

POLDRACK R.A., *Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?*, in *Trends in Cognitive Science*, 10, 2006, pp. 59-63.

PONCELA P., *Autour de l'ouvrage de Paul Fouconnet: une dimension sociologique de la responsabilité pénale* in *Archives de philosophie de droit*, Paris, 1977.

POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino 2010.

POSNER R.A., *A Theory of Negligence*, in *Journal of Legal Studies*, 1, 1972, pp. 29-96.

POSNER R.A., *The Decline Of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986-1987.

PULITANÒ D., *Diritto Penale*, II ed., Giuffrè, Milano 2007.

PUNZI A., *Discorso, Patto, Diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*, Milano, 1996.

PUNZI A., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach: L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino 2003.

PUNZI, *Verso una filosofia della giurisprudenza*, in *Dialogica del diritto, studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009.

PUSTILNIK A.C., *Violence on the Brain: A Critique of Neuroscience in Criminal Law*, in *44 Wake Forest Law Review*, 2009.

RAINE A., *The Biological Roots of Crime*, Pantheon Books, New York 2013.

RAZ J., *From normativity to responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

RAZ J., *I valori tra attaccamento e rispetto*, Diabasis, Reggio Emilia 2003.

REICHLIN M., *Responsabilità morale e persona*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Codice, Torino 2013.

RICCIARDI M., *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008.

RICCOBONO F., *Kelsen e la religione*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2, 2013.

RICOEUR P., *Culpabilité tragique et culpabilité biblique*, in *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, 4, 1953, pp. 285-307.

RICOEUR P., *Le Juste II*, Esprit, Paris 2011.

RICOEUR P., *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, Paris 2004.

RICOEUR P., *Qui est le sujet du droit?*, in *Le juste*, Seuil, Paris 1995.

RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris 1990, trad. it. a cura di D. Iannotta, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano 1993.

RICOEUR P., *Spiegare e comprendere*, in *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Jaca Book, Milano 1989.

RICOEUR P., *Temps et récit 3. le temps raconté*, Seuil, Paris 1985.

RIZZOLATTI G., FADIGA L., GALLESE V., FOGASSI L., *Premotor cortex and the recognition of motor actions*, in *Cognitive Brain Research*, vol. 3, 2, 1996, pp. 131-141

RIZZOLATTI G., SINIGAGLIA C., *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Raffaello Cortina, Milano 2006.

ROBINSON P.H., O.D. JONES, R. KURZBAN, *Realism, Punishment, and Reform*, in *U. Chi. L. Rev.*, 77, 2010, pp. 1611-1630

RODOTÀ S., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 2004.

RODOTÀ S., *Una rete per i diritti*, in *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 378 e ss.

RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

ROMANO B., *Diritto postumanesimo nichilismo. Una introduzione*, Giappichelli, Torino 2004.

ROMANO B., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Giappichelli, Torino 2008.

ROMANO B., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004.

ROMANO B., *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Giappichelli, Torino 1999.

ROMANO B., *Male ed ingiusto, riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Giappichelli, Torino 2009.

ROMANO B., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Giappichelli, Torino 2009.

ROMANO B., *Soggettività, diritto e postmoderno. Una interpretazione con Heidegger e Lacan. a.a. 1987/1988*, Bulzoni, Roma 1988.

ROMANO B., *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Giuffrè, Milano 1969.

ROMEO F., *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2012.

ROMEO F., *Diritto artificiale*, Giappichelli, Torino 2002.

ROSKIES A., *Neuroethics for the New Millenium*, in *Neuron*, 35, 2002.

ROSKIES A.L., SCHWEITZER N.J., SAKS M.J., *Neuroimages in court: less biasing than feared*, in *Trends in Cognitive*, 3, 2013.

ROVATTI P.A., *Restituire la soggettività. Lezioni sul pensiero di Franco Basaglia*, alpha beta Verlag, Merano 2013.

RUSSELL P., *Freedom and Moral Sentiment: Hume's Way of Naturalizing Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2002.

SALARDI S., *Test genetici tra determinismo e libertà*, Giappichelli, Torino 2010.

SAMMICHELI L., SARTORI G., *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano 2009.

SANTONI DE SIO F. (a cura di), *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano 2008.

SANTONI DE SIO F., *Causalità, colpa e responsabilità: l'eredità di Hart e Honoré*, in *Rivista di Filosofia*, 2, 2008.

SANTONI DE SIO F., *I progressi delle scienze e il concetto di responsabilità*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1, 2013, pp. 62-69.

SANTONI F., *Per colpa di chi? Mente, responsabilità e diritto*, Raffaello Cortina, 2013.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano 2011.

SANTOSUOSSO A., *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Pavia 2009.

SANTOSUOSSO A., *Neuroscience and Converging Technologies in Italy: From Free Will Approach to Humans as Not Disconnected Entities*, in T. M. SPRANGER, *International Neurolaw. A comparative Analysis*, Springer, Berlino-Heidelberg 2012, p. 198.

SANTOSUOSSO A., *Persone fisiche e confini biologici. Chi determina chi*, in *Politica del Diritto*, 3, 2002.

SARTOR G., *Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence and the Law*, 2009.

SARTORI G., LAVAZZA A., SAMMICHELI L., *Cervello, diritto e giustizia*, in *Neuroetica*, Il Mulino, Bologna 2011.

SARTORI G., SCARPAZZA C., *Cervello e responsabilità*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Codice, Torino 2013, p. 69.

SBRICCOLI M., *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1973-74, pp. 574 e ss.

SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, ESI, Napoli 1997.

SCARPELLI U., *La responsabilità politica*, in *Responsabilità politica diritto e tempo*, Atti del XIII Congresso Nazionale a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1982.

SEARLE J.R., *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Bruno Mondadori, Milano 2005.

SEVERINO E., *Téche. Le radici della violenza*, Rizzoli, Milano 2002.

SEVERINO E., *Téche. Le radici della violenza*, Rizzoli, Milano 2002.

SOON C.S., M. BRASS, H.J. HEINZE, J.-D. HAYNES, *Uncosconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain*, in *Nature Neuroscience*, 11, pp. 543-545.

SPRANGER T.M., *International Neurolaw*, Springer, Heidelberg-Berlino 2011.

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cassazione Penale*, 2005.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano 2001, ult. ed. 2003.

STELLA F., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005.

STRAWSON P.F., *Individuals: an Essay in Descriptive Metaphysics*, London 1959, p. 37, trad. it. di E. Bencivenga, *Individui. Saggio di metafisica descrittiva*, Milano, 1978.

STRAWSON P.F., *On Referring*, in *Mind, New Series*, vol. 59, 235, 1950, pp. 320-344.

SUPIOT A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006.

TAGLIAGAMBE S., *Identità personale e neuroscienze*, in *Trattato di Biodiritto*, III, Giuffrè, Milano 2010.

TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012.

TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano 2001.

THE ROYAL SOCIETY, *Brain Waves Module 4: Neuroscience and Law*, 2011.

TREVES R., *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Bollati Boringhieri, Torino 1992.

TROIANO S., voce *Ragionevolezza* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, 2013.

TURATI F., *Lo stato delinquente. Delitto, questione sociale, corruzione politica. Scritti di sociologia radicale*, Lacaita, Manduria 1999.

VAN INWAGEN P., *An Essay on Free Will*, Oxford University Press, Oxford 1983.

VARELA F.J., *Neurophenomenology: A Methodological Remedy to Hard Problem*, in *Journal of Consciousness Studies*, 3, 1996, pp. 330-350.

VERHOVEN F.E., BOOIJ L., KRUIJT A.W., CERIT H., ANTYPANIS N., DOES W., *The effects of MAOA Genotype, Childhood Trauma, and Sex on Trait and State-Dependent Aggression*, in *Brain and Behaviour*, 2, 2012, pp. 806-813.

VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese. Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2013.

VILLEY M., *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1977.

VINEIS P., *L'interpretazione causale degli studi epidemiologici*, in *La causalità tra diritto e medicina. Atti del convegno nazionale di medicina legale*, Pavia, 1992.

VOLPI F., *Heidegger e Aristotele*, Laterza, Roma-Bari 2010.

WALUCHOW W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994;

WEGNER R., *L'illusione della volontà cosciente*, in DE CARO M., A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino 2010.

WEISBERG D.S., *The seductive allure of neuroscience explanations*, in *Journal of Cognitive Neurosciences*, 2008, pp. 470-477.

WIENER N., *Introduzione alla cibernetica*, Bollati Boringhieri, Torino 1966.

WILLIAMS B., *Identità personale e individuazione*, in *Problemi dell'io*, Il Saggiatore, Milano 1990.

WILLIAMS B., *La sorte morale*, Il Saggiatore, Milano 1987.

WRIGHT R.W., *The Nightmare and the Noble Dream*, in AA. VV., *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2008.